

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad Decana de América

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



**“LA UNIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES
PREVISIONALES DE LOS
DECRETOS LEYES 19990 Y 20530”**

Tesis presentada por:

JOSÉ LUIS LESCANO ECHAJAYA

Para optar el Título Profesional de Abogado

**Lima-Perú
2008**

***A Dios y a mis padres, por
ser los seres que han
motivado mi lucha por la
justicia.***

“(...) La mejor forma de gobierno es la que puede dar al pueblo el máximo de seguridad política, de seguridad económica y de Seguridad Social (...).”

Simón Bolívar

LA UNIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES PREVISIONALES DE LOS DECRETOS LEYES 19990 Y 20530

ÍNDICE

Introducción	6
Resumen.....	9

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Formulación del problema	10
1.2. Delimitación de la investigación	11
1.3. Justificación de la investigación	11
1.4. Objetivos de la investigación	12
1.4.1. Objetivo general	12
1.4.2. Objetivos específicos	12
1.5. Sistema de hipótesis	13
1.6. Marco histórico	13

CAPITULO II MARCO TEORICO-CONCEPTUAL

2.1. Marco Conceptual	16
2.1.1. Cesantes o Jubilados	16
2.1.2. Pensiones	17
2.1.3. Sistema Pensionario	19
2.1.4. Sistema Público de Pensiones	23
2.1.5. Sistema Privado de Pensiones	24
2.1.6. Régimen Previsional	26
2.1.7. El Gasto Presupuestal y los Regímenes Previsionales	26
2.1.8. Criterios Equitativos en materia pensionaria	28
2.2. Marco Teórico	31
2.2.1. El Sistema Previsional Peruano	31
2.2.1.1. Los Regímenes Previsionales	33
2.2.1.2. Regímenes Abiertos	34
2.2.1.3. Regímenes Cerrados	34
2.2.2. La situación actual del Sistema Nacional de Pensiones.....	34
2.2.2.1. Sus orígenes.....	36
2.2.2.2. La normativa que regula este sistema	37
2.2.2.3. El panorama de los cesantes del Decreto Ley N° 19990.....	38
2.2.2.4. Los límites pensionarios de este régimen previsional	40
2.2.3. La Cédula Viva y su existencia controversial	40
2.2.3.1. Su antecedente: La Ley de Goces de 1850	44
2.2.3.2. El marco legal del Decreto Ley N° 20530	45
2.2.3.3. La Cédula Viva en cifras	49
2.2.3.4. Las Reformas Constitucionales	49

2.2.3.5. La situación de los beneficiarios de este régimen	53
2.2.3.6. Los topes pensionarios aplicables a sus integrantes	54
2.2.4. La Reforma del Sistema Previsional	57
2.2.5. Sobre los criterios ambiguos/inequitativos para fijar las pensiones en dichos regímenes	59
2.2.5.1. Factores que los determinan	62
2.2.5.1.1. Excesivo manejo político en la regulación del Decreto Ley Nº 20530	64
2.2.5.1.2. Carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes	66
2.2.6. La no existencia de un sistema legal unificado en materia previsional	67
2.2.6.1. Elementos que lo componen	68
2.2.6.1.1. El inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional	70
2.2.6.1.2. La carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema previsional	71
2.2.7. La Unificación de los Regímenes Previsionales	72
2.2.8. La Propuesta de Reforma del Sistema Previsional	74

CAPITULO III

DISEÑO DEL METODO, HIPOTESIS, VARIABLES Y PROCESO DE OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS

3.1. Diseño del Método	93
3.2. Universo y muestra	94
3.2.1. Universo	94
3.2.2. Muestra	94
3.3. Hipótesis	94
3.4. Variables	95
3.4.1. Variables Independientes	95
3.4.2. Variable Dependiente	95
3.5. Operacionalización de Hipótesis	95
3.5.1. Variables Independientes: Indicadores e Índices	96
3.5.2. Variable Dependiente: Indicadores e Índices	98

CAPITULO IV

VERIFICACION DE LA HIPÓTESIS Y ANALISIS DE RESULTADOS

4.1. La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional genera la disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley Nº 20530 frente a uno del Decreto Ley Nº 19990	100
4.2. Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones del Decreto Ley Nº 20530 y Decreto Ley Nº 19990 generan la disparidad de la pensión percibida por los cesantes de dichos regímenes	104
Conclusiones	115
Recomendaciones	117
Bibliografía	119
Internet	125
Anexos	126

INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. En ese contexto, existe un sólido aspecto axiológico dentro de la seguridad social, que se ve reflejado en el principio de solidaridad, el cual genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento para las prestaciones de salud que reciben ellos, así como los beneficios que se les otorga a los trabajadores retirados, mediante los cobros mensuales de las pensiones.

Este sistema es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias y de toda la sociedad; es un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social, ya que forma parte indispensable de la política social de los gobiernos y es una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza. A través de la solidaridad nacional y la distribución justa de la carga, puede contribuir a la dignidad humana, a la equidad y a la justicia social, siendo también importante para la integración política, la participación de los ciudadanos y el desarrollo de la democracia.

La Seguridad Social es un instrumento fundamental para el progreso y el desarrollo de los pueblos. Su protección es tarea no solamente de los organismos internacionales, sino de todo aquel gobierno que se sienta en la necesidad de alcanzar objetivos en pos del desarrollo de su país, por lo que se debe asumir que el cumplimiento de los principios de solidaridad y equidad que rigen esta materia, está indudablemente condicionado a la existencia de recursos presupuestales suficientes para aplicar las políticas redistributivas a favor de los grupos con menor capacidad contributiva.

Estos postulados han sido perfectamente asumidos por el Tribunal Constitucional que, ha establecido que el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social, que le impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos

determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la procura existencial.

Es así que, el Aparato Estatal debe adoptar medidas constantes y eficaces para lograr en el menor plazo posible, la plena efectividad de este Derecho Fundamental, en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. En suma, el derecho pensionario como parte del grupo de derechos fundamentales, debe gozar de una eficacia en la realidad laboral del país y, en ese escenario planteado, el Estado juega un rol preponderante para garantizar su ejercicio eficaz

En ese orden de ideas, es oportuno hacer una distinción entre la Seguridad Social y el Seguro Social, siendo definido el primero de estos conceptos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos. En tanto que, el segundo de ellos es el principal instrumento que utiliza la Seguridad Social para otorgar a la población ciertos beneficios o servicios en reconocimiento a contribuciones hechas a un esquema de seguro, los cuales incluyen típicamente la provisión de pensiones de jubilación, seguro de invalidez, pensiones de viudez y orfandad, cuidados médicos y seguro de desempleo.

En base a las consideraciones expuestas en las líneas precedentes, es vital que nuestro país revierta la actual crisis del Sistema Previsional Peruano, componente esencial de la Seguridad Social en el Perú, a través de la unificación de los regímenes previsionales, ya que la coexistencia de ciertos regímenes especiales suele transformarse en una importante fuente de inequidad, así como en una presión financiera adicional, ya que éstos absorben importantes recursos y benefician a fracciones relativamente pequeñas de la población; de esa forma, se avanzará hacia el objetivo de todo país, que es superar la fase del Seguro Social para llegar a alcanzar una verdadera Seguridad Social a favor de la población peruana.

Por ello, el presente Trabajo de Investigación, pretende ser un instrumento de consulta útil para el estudio y la formulación de soluciones en torno a la problemática suscitada por la excesiva diferencia del ingreso de los pensionistas de la denominada Cédula

Viva frente a los del Decreto Ley N° 19990, su conexión con las paupérrimas condiciones de vida de éstos últimos y la alta onerosidad en el gasto presupuestal del Estado a causa de los pagos superlativos efectuados a un sector reducido del Decreto Ley N° 20530.

A modo de colofón de esta presentación, la intención de la presente tesis ha sido abordar el tema de investigación con la mayor responsabilidad y esmero, admitiendo la posibilidad que, como todo esfuerzo intelectual, existe la posibilidad que se haya incurrido en errores materiales y/o puedan darse aspectos ambiguos que aún no han sido clarificados, por lo que confío en que el Jurado sabrá comprender nuestra inquietud y aportará recomendaciones que servirán para la solución progresiva de la problemática en discusión.

EL AUTOR

RESUMEN

Las condiciones que caracterizan, hoy en día, a los beneficiarios de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, son diametralmente opuestas. Por una parte, el Decreto Ley N° 20530 (que no resolvió la problemática generada por la Ley de Goces de 1850), representa el Régimen de Pensiones de los Servidores Civiles del Estado, que aún después de las Reformas Constitucionales efectuadas por el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional en los años 2004 y 2005, sigue otorgando pensiones que le representan al Estado un excesivo gasto presupuestal que influye de manera negativa en la capacidad gubernamental para dotar a los jubilados de mejores posibilidades de subsistencia.

La situación antes descrita se ve reflejada en el panorama crítico de la Seguridad Social en el Perú, situación comparativamente similar con otras realidades en América Latina, la cual queda patentada en la coexistencia de regímenes especiales, circunstancia que se constituye en fuente de inequidad en el universo de los cesantes y jubilados del Perú, ya que de esta manera se beneficia a sectores pequeños de la población, mientras que el gran conglomerado de pensionistas sigue sumido en la más absoluta miseria y desprotección social. Por ello, la presente investigación especifica su campo de desarrollo dentro de la realidad de dos de los regímenes del Sistema Previsional Peruano: los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Por lo anteriormente expresado, queda plenamente demostrado que la no unificación de los regímenes previsionales del Decreto Ley N° 19990 y del Decreto Ley N° 20530 (debido al inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional y la carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema), así como también los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos Regímenes (producida por el excesivo manejo político en la regulación del Decreto Ley N° 20530 y la carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes), son las causales de la disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

En ese orden de ideas, la finalidad de la presente tesis es la descripción del problema originado por la excesiva diferencia entre lo percibido por los pensionistas de la denominada Cédula Viva frente a los del Régimen del Sistema Nacional de Pensiones, la relación de dicho factor con las condiciones de vida de éstos últimos y la excesiva onerosidad en el gasto presupuestal del Estado, originada por la planilla dorada del Decreto Ley N° 20530.

Asimismo, esta investigación busca sentar las bases de una reforma integral en el aparato previsional, creando un Sistema Nacional Unificado que administre las pensiones de ambos regímenes, el cual esté dotado de una legislación previsional coherente, que responda a las exigencias planteadas por la población en cuanto al acceso digno a su Derecho a la Pensión, consagrado tanto por la Constitución y la normativa internacional.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Formulación del problema

La situación actual de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, es notablemente contradictoria. Por un lado, el Decreto Ley N° 20530 (cuya aparición no fue una solución al panorama creado por la Ley de Goces de 1850), representa el Régimen de Pensiones para los Servidores Civiles del Estado, cuyos beneficiarios gozan de pensiones elevadas a comparación de los cesantes de los demás regímenes previsionales, ya que las mismas exceden – en algunos casos – de 01 UIT (equivalente a S/. 3,500.00 Nuevos Soles); en cambio, su contraparte, el Decreto Ley N° 19990 – Sistema Nacional de Pensiones, que está compuesto por más del 80% del universo de jubilados en el Perú, brinda un beneficio pensionario paupérrimo, que no excede – en el mejor de los casos – un monto relativamente cercano a los S/. 900.00 Nuevos Soles mensuales, monto insuficiente para cubrir las necesidades primarias de dichos pensionistas.

En ese contexto, se observa que dicha disparidad entre lo percibido por un cesante del Sistema Nacional de Pensiones frente a un jubilado de la Cédula Viva, encuentra su justificación en los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes así como en la inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional.

En ese sentido, la problemática que pretende resolver el presente trabajo de investigación, es el referido a la relación existente entre la notable diferencia de lo percibido por un cesante standard del primer régimen y lo que recibe uno del segundo régimen, y las condiciones críticas de vida de los pensionistas del Decreto Ley N° 19990 así como el excesivo gasto presupuestal que genera dicha inequidad al Fisco.

Por ello, es urgente y necesario dar una pronta solución a dicha dificultad, para lo cual iniciamos esta tesis formulando la siguiente interrogante:

¿En qué medida la disparidad de la pensión percibida por un jubilado del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990 genera ínfimas condiciones de vida de los pensionistas bajo el Decreto Ley N° 19990 y el excesivo gasto presupuestal para el Estado?

1.2. Delimitación de la investigación

La presente investigación especifica su campo de desarrollo dentro de la realidad de dos de los regímenes del Sistema Previsional Peruano: **los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.**

1.3. Justificación de la investigación

En la actualidad, la situación del Sistema Previsional Peruano es eminentemente crítica debido a que existe una realidad dramática de los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones – Decreto Ley N° 19990 frente a la situación holgada de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530; por lo cual

es indispensable formular soluciones que permitan garantizar una mejor calidad de las pensiones para el universo pensionario en el país.

La finalidad de la presente tesis es describir el problema suscitado a raíz de la excesiva diferencia entre lo percibido por los pensionistas de la denominada cédula viva frente a los del régimen del Sistema Nacional de Pensiones, la relación de dicho factor con las condiciones de vida de éstos últimos y la excesiva onerosidad en el gasto presupuestal del Estado, originada por la planilla dorada del Decreto Ley N° 20530.

Esta producción intelectual busca sentar las bases de una reforma integral en el Sistema Previsional, creando un Sistema Nacional Unificado que administre las pensiones de ambos regímenes, el cual esté dotado de una legislación previsional coherente.

1.4. Objetivos de la investigación

El presente trabajo posee los siguientes Objetivos de Investigación:

1.4.1. Objetivo general

- ✓ Eliminar la disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

1.4.2. Objetivos específicos

- ✓ Eliminar la ambigüedad y los inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes.
- ✓ Proponer la creación de un sistema legal unificado en materia previsional.

1.5. Sistema de hipótesis

La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional y los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en los regímenes del Decreto Ley N° 19990 y del Decreto Ley N° 20530 generan la disparidad de la pensión percibida por un cesante del primer régimen frente a uno del segundo.

VARIABLES INDEPENDIENTES

La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional y los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en los regímenes del Decreto Ley N° 19990 y del Decreto Ley N° 20530.

VARIABLE DEPENDIENTE

La disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 19990 frente a uno del Decreto Ley N° 20530.

1.6. Marco histórico

La problemática planteada ha generado diferentes puntos de vista, los cuales si bien es cierto no han enfocado de manera directa el tema materia de investigación; sin embargo, son planteamientos que justifican la viabilidad de la propuesta que formulamos para dar solución a este panorama crítico:

- ❖ El profesor Francisco Javier Romero Montes¹, al respecto indica que: ***“(…) La Seguridad Social en los actuales momentos tiene problemas. Se le acusa de haber contribuido a la agudización de la crisis económica por***

¹ ROMERO MONTES, Francisco Javier. Concepto, evolución y principios de la Seguridad Social. En: Revista de Análisis Laboral N° 301. Lima – Perú, 2002. Pág. 77.

ser muy costosa, y de influir en el incremento del gasto público y desequilibrio presupuestal de los Estados; justamente por esa razón los gobiernos, en muchos casos, se han constituido en obstáculo para el desarrollo de la Seguridad Social. Disponer de más recursos para este fin, ha significado una reducción del volumen de ahorros y por ende de los fondos disponibles para inversiones de desarrollo. De ahí que algunos tratadistas afirman que la carga del costo de la Seguridad Social va contra el desarrollo económico (...)”.

- ❖ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL², en su documento “La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad”, presentado en el XXXI período de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que se desarrolló en Montevideo - Uruguay, consideró que “(...) se requiere avanzar hacia la unificación de los sistemas de pensiones ya que la coexistencia de regímenes especiales suele transformarse en una importante fuente de inequidad, así como en una presión financiera adicional, ya que éstos absorben importantes recursos y benefician a fracciones relativamente pequeñas de la población (...)”.
- ❖ El especialista Víctor Anacleto Guerrero, en su obra denominada “Guía de la Seguridad Social”³, afirma lo siguiente: “(...) **La Seguridad Social genera inflación debido a que el monto de las cotizaciones que abonan los trabajadores y empleadores para financiar la Seguridad Social, reducen los ingresos de éstas personas, circunstancia que da lugar a que los trabajadores hagan mayores demandas salariales; y sus patronos, a su vez, para no disminuir sus utilidades, cargan el mayor**

² CEPAL – Comisión Económica para América Latina y el Caribe. La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad. Santiago de Chile – Chile, 2006. Pág. 147.

³ ANACLETO GUERRERO, Víctor. Guía de la Seguridad Social. Editorial Gaceta Jurídica. Lima – Perú, 2002. Pág. 65.

costo de la Seguridad Social a la totalidad de la población consumidora (...)”.

- ❖ Finalmente, el Tribunal Constitucional (órgano máximo del control de la constitucionalidad de las leyes en el país), en el Fundamento 163 de su Sentencia recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad – Expediente Acumulado N° 050-2004-AI/TC (de fecha 03 de junio de 2005) ha consagrado el Principio de la Unificación Progresiva de los Regímenes Pensionarios en los siguientes términos: ***“(...) El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva. Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución (...)”***.

CAPITULO II

MARCO TEORICO – CONCEPTUAL

2.1. Marco Conceptual

Su función es definir el significado de los términos que van a ser empleados con mayor frecuencia en la presente investigación. En ese orden de ideas, a efectos de la presente tesis, se entenderán por:

2.1.1. Cesantes o Jubilados

A modo de ilustración, podemos afirmar que los cesantes o jubilados son aquellas personas que tuvieron vínculo laboral con una institución pública o privada y, que cumpliendo las exigencias legales para hacer uso del derecho a la pensión de jubilación, se encuentran gozando de ella.

En nuestra realidad, los jubilados⁴ corresponden en su mayoría al sector de las personas de la tercera edad y, que en muchos casos, se encuentran imposibilitadas físicamente, razón por la cual no pueden acudir personalmente

⁴ En relación a esta definición, podemos citar lo siguiente: “(...) En el contexto socioeconómico, un tipo de edad cobra especial relevancia: la edad de jubilación (...) Incluso nuevas formas de flexibilización del proceso de retiro como la percepción de pensiones parciales compatibles con la permanencia en el mercado de trabajo ponen en cuestión la propia definición de jubilado (...)”. (En: **SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Isidro**. Algunos problemas metodológicos en el estudio del envejecimiento. Concepto, medidas y proyecciones. Universidad de La Laguna. La Rioja – España, 1991. Págs. 4 y 5).

a cobrar sus pensiones y se ven en la necesidad de otorgar a un tercero un poder o una carta poder para este fin. Adicionalmente, los jubilados tienen la obligación de presentar cada seis meses un certificado de supervivencia, el cual es uno de los requisitos indispensables para el cobro de sus pensiones por parte de sus apoderados.

Es oportuno resaltar que las sumas que reciben los jubilados como pensión son muy bajas, por lo que cualquier gasto en el que ellos tengan que incurrir para efectuar el cobro de la misma, perjudica enormemente su economía. Por lo tanto, es de carácter improrrogable las peticiones formuladas por dicho grupo de la población en relación a equilibrar los montos percibidos por los cesantes pertenecientes a los diferentes regímenes previsionales públicos.

2.1.2. Pensiones

A manera de definición, podemos señalar que la palabra Pensión, según la Real Academia de la Lengua Española, deriva del latín “Pensio Onem” que significa la renta o canon anual que perpetua o temporalmente se impone sobre una finca. Asimismo, dice que es pensión la cantidad anual que se da a alguien por méritos y servicios o bien por pura gracia o merced.

Una definición que sugiere el autor Víctor Anacleto Guerrero es la siguiente: “Pensión es la retribución pecuniaria que se otorga en forma temporal y/o vitalicia a los trabajadores asegurados y extensivamente a la familia de éstos (derechohabientes) por los servicios prestados y las aportaciones efectuadas”.

Por otra parte, en cuanto a su estructura, las pensiones presentan analíticamente una estructura o conjunto de conceptos simples conectivos semejantes a toda obligación:

a) Relación o vínculo jurídico.

b) Sujeto (activo y pasivo).

c) Contraprestación.

❖ **La relación** establece un ligámen entre los sujetos; esto es, entre el beneficiario de la jubilación y el Estado (representado por la ONP y/o el Organismo Público respectivo).

❖ **El Sujeto (activo y pasivo)** podemos denominar a la ONP y/o el Organismo Público que representa al Estado como sujeto activo por ser el depositario de los fondos, y el sujeto pasivo al titular del derecho o trabajador en estado de pasividad (jubilación, invalidez).

❖ **La Contraprestación**, en este caso internamente la pensión es prestación sinalagmática: actúa el individuo (prestación) y el Estado o la ONP paga (contraprestación).

Empero, más allá de la definición que pretendemos esbozar en la presente investigación, es pertinente señalar que este concepto se encuentra íntimamente ligado a la seguridad económica en la vejez, condición que le permite a las personas mayores satisfacer sus necesidades objetivas, lo que agrega calidad a los años y brinda independencia para la adopción de decisiones; adicionalmente, se produce una mejora de su autoestima, al propiciar el desempeño de roles significativos y la participación en la vida cotidiana como ciudadanos con plenos derechos.

Por ende, la seguridad económica como realidad opuesta a la pobreza, permite generar condiciones para un envejecimiento con dignidad y seguridad, lo cual constituye una legítima aspiración para todo ser humano, ya que el

envejecimiento digno corresponde al ejercicio de derechos que toda persona debiera gozar en el epílogo de su existencia⁵.

Por otra parte, esto se relaciona a las características de los sistemas de protección social, los que se ven reflejados en las oportunidades y en las amenazas para lograr un ingreso sustituto digno en la edad avanzada y, entre otros aspectos, en la posibilidad de acceder a una prestación económica acorde con las necesidades de dichos adultos mayores.

Por ende, dado que la seguridad social es uno de los mecanismos que generan seguridad económica para las personas mayores, el derecho fundamental a acceder a una pensión constituye un pilar fundamental para garantizar una vida digna en esta etapa del ser humano⁶.

2.1.3. Sistema Pensionario

Los sistemas de pensiones son programas de transferencias instituidos por el Estado, cuyo objetivo es proporcionar seguridad de ingresos a los adultos mayores en un contexto donde los acuerdos informales tradicionales se consideran insuficientes.

⁵ **ANACLETO GUERRERO, Víctor.** Manual de la Seguridad Social. Edit. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, 2006. Pág. 191.

⁶ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia dictada en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC de fecha 08 de julio de 2005, ha señalado en el literal c) de su Fundamento 37 lo siguiente: “(...) **El derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad**, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un “mínimo vital”, es decir, **“aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.”** (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo) (...).”

Los fundamentos que sustentan la creación de los sistemas de pensiones son claros; en las sociedades tradicionales, la manutención de las personas mayores estaba a cargo de la familia o de redes sociales informales que compartían alimentos y bienes producidos por sus miembros, o bien los ancianos no recibían ningún tipo de sustento, vivían en la pobreza y estaban expuestos a altos índices de mortalidad.

En ese contexto, con el desarrollo económico, la expansión de los mercados laborales y la transformación del trabajo asalariado en la principal fuente de ingresos en la mayoría de los hogares, surgió la necesidad de una propuesta alternativa para este problema.

Esta necesidad se intensificó con el proceso de transición demográfica, debido a que el porcentaje de adultos mayores en la estructura familiar aumentó lentamente con respecto al de los adultos jóvenes, haciendo menos sostenibles los antiguos acuerdos informales.

Es importante tomar en cuenta que parte importante del problema de entregar bienestar y protección social de calidad a los miembros de una sociedad radica en una adecuada distribución de esas responsabilidades entre sus diversos integrantes.

Por ende, los Sistemas de Pensiones nacen de la necesidad de corregir las fallas de mercado, ya que su creación parte de la premisa que, durante los años de actividad, muchos trabajadores no lograrían un ahorro suficiente para solventar adecuadamente su jubilación; en consecuencia, cabe esperar que los regímenes de pensiones reduzcan el esfuerzo laboral a medida que una persona alcanza la edad de retiro.

En rigor, un sistema de pensiones es una variable dependiente de la cultura, del nivel de desarrollo institucional, de la distribución de recursos de poder en

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

la sociedad y de la capacidad de movilización de esos recursos por parte de diversos actores relevantes.

Aunque esos factores han determinado que en dicha distribución de responsabilidades hayan tenido importante participación los subsistemas sociales como el Estado, el mercado o diversas comunidades asociativas, parte significativa de esta carga ha recaído siempre, incluso en las actuales sociedades desarrolladas, en la familia.

En el Perú existen dos tipos de sistemas de pensiones de jubilación:

- ❖ De Reparto; y
- ❖ De Capitalización Individual.

a) Sistema de Reparto

Los principales Sistemas de Reparto vigentes se encuentran a cargo del Sector Público Consolidado y los Gobiernos Locales, y fueron normados en los años 1973 y 1974 por los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, respectivamente.

Decreto Ley N° 19990

Este sistema de reparto beneficia a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Ley N° 4916 y Decreto Legislativo N° 728), a los trabajadores obreros (Ley N° 8433) y a los funcionarios y servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad pública (Ley N° 11377 y Decreto Legislativo N° 276) que no se encuentren incorporados al Régimen del Decreto Ley N° 20530. Consiste en otorgar prestaciones fijas y percibir contribuciones

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

no definidas en valor suficiente para que la contribución colectiva de los trabajadores financie las pensiones de los jubilados⁷.

Es oportuno indicar que, en este régimen previsional los trabajadores de menores ingresos obtienen una prestación mayor que la que hubieran obtenido con ahorro personal, mientras que en los trabajadores de ingresos altos, la relación es inversa pues la prestación obtenida es menor a la que les correspondería por su contribución. El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) – Decreto Ley N° 19990, cuenta en la actualidad con 1'559,227 trabajadores activos y 457,603 pensionistas.

Decreto Ley N° 20530

En cuanto a este segundo sistema (también denominado Cédula Viva⁸), podemos precisar que actualmente el mismo beneficia principalmente a los funcionarios y servidores públicos de entidades e instituciones del Estado y de los Gobiernos Locales, que cumplieron con los requisitos establecidos antes de la reforma constitucional del año 2004. En este sistema, el trabajador aportaba durante el ciclo laboral y obtenía una pensión, en la mayoría de los casos, nivelable con la remuneración del trabajador activo (disposición que en la actualidad ha sido regulada en virtud a la citada reforma).

De acuerdo al Registro 20530 elaborado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en el año 1996, el Régimen del Decreto Ley N° 20530 contaba a esa fecha con alrededor de 60,247 trabajadores activos y 261,525 pensionistas. Dicha cifra posteriormente no ha variado ostensiblemente, ya que al mes de enero del presente año (2008), la población de este régimen era de 62,548 trabajadores activos y 238,169 pensionistas.

⁷ **MARTIN MANCILLA, Pedro.** Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. Ed. El Carmen. Lima – Perú, 1979. Pág. 69.

⁸ **FAJARDO CRIVILLERO, Martín.** Regímenes de Pensiones en el Perú. Ed. Villanueva. Lima – Perú, 1979. Pág. 53.

b) Sistema de Capitalización Individual

El Sistema de Capitalización Individual, incorporado por el Sistema Privado de Pensiones (SPP), fue creado por el Decreto Ley N° 25897 y es administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP'S). Son beneficiarios de este sistema, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada y los funcionarios y servidores públicos, que decidieron transferirse desde el Sistema Nacional de Pensiones o del Decreto Ley N° 20530, o afiliarse al inicio de su vida laboral a dicho régimen.

El Sistema de Capitalización Individual tiene como mecánica el acumulamiento de fondos en un activo sobre el cual se pagarán las prestaciones al final de la vida laboral del trabajador⁹. Las tasas de contribución son calculadas sobre la base que cada trabajador aporte a lo largo de su periodo laboral el monto suficiente para financiar su pensión desde el cese hasta el fallecimiento.

2.1.4. Sistema Público de Pensiones

En forma general, podemos decir que en nuestro país las pensiones de los trabajadores se rigen por cuatro Regímenes, cada uno regulado por su decreto ley pertinente, los cuales conforman las dos variantes de sistemas (de origen público y privado).

En la actualidad en materia de pensiones coexisten en el Perú regímenes abiertos¹⁰ y cerrados¹¹, así como de administración estatal y de administración

⁹ **MORON, Eduardo.** Diez años del Sistema Privado de Pensiones 1993 – 2003. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP). Lima – Perú, 2004. Pág. 28.

¹⁰ Los Regímenes Previsionales Abiertos son:

- Sistema Nacional de Pensiones – Decreto Ley N° 19990.
- Sistema Privado de Pensiones – TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

privada. El sistema pensionario público se maneja bajo el “sistema de reparto”, en el que los beneficios no están en proporción directa de los aportes sino son definidos por ley.

En ese sentido, el sistema público posee los siguientes regímenes:

- ⊕ El Decreto Ley N° 19846, el cual regula las pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales a cargo de los Ministerios de Defensa y del Interior, respectivamente.
- ⊕ El Decreto Ley N° 19990, que regula el Sistema Nacional de Pensiones, el cual norma las pensiones de los trabajadores públicos y privados (Decreto Legislativo N° 728), en general, y está a cargo de la Oficina de Normalización Previsional.
- ⊕ El Decreto Ley N° 20530 de Cesantía, Jubilación y Montepío, el cual comprende únicamente a los trabajadores públicos que ingresaron a laborar bajo el régimen del Decreto Ley N° 11377, y su administración está a cargo de la propia entidad pública o ministerio donde prestó servicios el pensionista conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27719, cuya fecha de publicación data del 12 de mayo del año 2002.

2.1.5. Sistema Privado de Pensiones

En el caso del Sistema Privado de Pensiones, encontramos únicamente al régimen previsional establecido por el Decreto Ley N° 25897 del 06 de diciembre de 1992, que regula el Sistema Privado de Administración de Fondos

¹¹ Los Regímenes Previsionales Cerrados son:

- Sistema de la Cédula Viva – Decreto Ley N° 20530.
- Sistema del Personal Militar y Policial – Decreto Ley N° 19846.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

de Pensiones – AFP, el mismo que con motivo de las sucesivas modificaciones efectuadas por las Leyes N° 26336 y N° 26504, así como por el Decreto Legislativo N° 874, fue recogido posteriormente por el Decreto Supremo N° 054-97-EF del 14 de mayo de 1997¹².

Por su parte, el Reglamento del Decreto Ley N° 25897 fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 206-92-EF del 07 de diciembre de 1992, el cual luego sustituido por el Decreto Supremo N° 004-98-EF del 01 de enero de 1998.

Esta alternativa privada tiene como objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del Sistema de Previsión Social en el área de pensiones, y está conformada por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales otorgan obligatoriamente a sus afiliados, las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

El Sistema Privado de Pensiones ha funcionado bajo la modalidad de Cuentas Individuales de Capitalización, ligados a un Código Único del Sistema Privado de Pensiones (CUSPP).

Este sistema viene operando en competencia con el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), que es un régimen estatal que opera bajo la modalidad de reparto, y los resultados en un principio fueron alentadores, pero con posterioridad se observa que se ha producido un estancamiento de su expansión, dado que ha llegado a los tope máximos de afiliaciones en proporción al mercado laboral formal¹³.

¹² El ex Ministro de Trabajo de Chile, José Piñera, principal propulsor del Sistema Privado de Pensiones de su país opina: “Lo más importante de este sistema es que el propio trabajador puede elegir su forma de jubilación, lo que representa una manera clara de democratizar las pensiones, más aún ahora que vivimos en un mundo donde las experiencias colectivistas han fracasado y tiene un mayor auge las economías de libre mercado”. (Confróntese: **ESPINOZA MIRANDA, Carmen. Propuesta de Reforma Previsional Chilena. Programa de Economía del Trabajo (PET). Santiago de Chile, 2006. Pág. 17).**

¹³ **SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.** Compendio Estadístico del Sistema Privado de Pensiones (SPP). Lima – Perú, 2003.

2.1.6. Régimen Previsional

Los regímenes previsionales son mecanismos de protección social del trabajador en su etapa posterior al cese laboral, que tienen como objetivo proteger a la población del riesgo de vejez; además, los mismos protegen generalmente los riesgos de fallecimiento (para cónyuge y/o hijos menores) e invalidez y de esta manera, la “cobertura” es un concepto que se refiere al alcance de un programa o sistema respecto a cierta población objetivo¹⁴.

De esta forma, cuando se cubre al 100% de dicha población, se puede hablar de una “cobertura universal”, objetivo enunciado en la mayoría de las políticas previsionales y reformas de la seguridad social implementadas alrededor del mundo.

2.1.7. El Gasto Presupuestal y los Regímenes Previsionales

Cuando hablamos del Gasto Presupuestal y los Regímenes Previsionales, debe entenderse que nos referimos a los recursos que destina el Estado para asegurar el sostenimiento de las prestaciones que brindan los regímenes previsionales a los beneficiarios de éstos¹⁵.

En el marco de la presente investigación, debe entenderse que esta relación se enmarca en el ámbito previsional público, dado que en el ámbito previsional privado el Estado solamente cumple una función supervisora a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

¹⁴ **PACHECO MAITA, Rosario** Manual de los Regímenes de Salud y Pensiones. Instituto de Investigación El Pacífico. Lima – Perú, 2003. Pág. 83.

¹⁵ **OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL – ONP.** Las Obligaciones Previsionales del Estado – Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530. Lima – Perú, 2003. Pág. 16.

Habiendo hecho la referida precisión, es oportuno manifestar que el Decreto Ley 20530, antes de la reforma constitucional efectuada, beneficiaba de forma vitalicia a 10,845 pensionistas, cuya pensión supera los S/. 3,100.00 soles mensuales; al año 2004, un pequeño grupo de estos pensionistas que superaba a las 500 personas, tenía pensiones superiores a los 10 mil soles mensuales.

Según cálculos del Ministerio de Economía al año 2004, el gasto previsional del Régimen del Decreto Ley N° 20530 representaba el 65% del gasto previsional total, que era el 59% del pago total en remuneraciones y obligaciones sociales del Estado¹⁶.

Además se aseguraba que, en cuanto al gasto anual por pensiones, el Decreto Ley N° 20530 obligaba a un subsidio por parte del Estado que representa el 10% del total de gasto público. Por otro lado, el sistema del Decreto Ley N° 19990 necesitaba subsidios que ascienden al 6% del gasto público total.

Según el proyecto del Ministerio de Economía y Finanzas (el cual originó la Reforma Constitucional del año 2004), la eliminación de la nivelación entre las pensiones y las remuneraciones del personal activo permitiría una reducción del costo previsional en US \$ 2,800 millones de dólares; adicionalmente, si se aplicaran dichas normas a las pensiones de sobrevivientes, se estimaba que el costo previsional bajaría en US \$ 3,600 millones de dólares.

Finalmente, la imposición de topes a las pensiones más elevadas iba a permitir reducir el subsidio fiscal unitario promedio de 85% a 65% para dichas pensiones.

¹⁶ **MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS**. Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales (DGAES). Lima – Perú, 2004. Pág. 22.

2.1.8. Criterios Equitativos en materia pensionaria

Cuando abordamos este punto, debemos tomar en consideración que, para fijar las pensiones que respondan a las necesidades de los cesantes o jubilados, es imprescindible tomar en consideración los principios rectores de la Seguridad Social tales como la solidaridad, la justicia social, la legalidad y la tuitividad, entre otros.

En cuanto a la aplicación de dichos conceptos, es pertinente indicar que la solidaridad es uno de los fundamentos esenciales de la Seguridad Social ya que su lógica radica en que “quien aporta más debe ayudar al que aportó menos”.

Por ende, la administración debe efectuar la distribución equitativa de los aportes con la oportunidad en que los requiere el pensionista para su asistencia, a fin que en toda ocasión que se requiera existan fondos de previsión suficientes para tender a los titulares del derecho y a sus derecho – habientes con las aportaciones que se ofrecen y que deben otorgarse por mandato legal.

Sin embargo, dentro de nuestro Sistema de Seguridad Social en materia de Pensiones, existe una excepción a la aplicación del Principio de Solidaridad: nos referimos al Sistema Privado de Pensiones (SPP), en el que se manejan Cuentas Individuales de Capitalización (CIC), que rinden beneficio exclusivamente al afiliado¹⁷.

En relación a otro fundamento importante a ser considerado dentro de la equidad en materia pensionaria, podemos referirnos a la justicia social, la cual involucra conceptos éticos tales como la equidad y la justicia. Este postulado

¹⁷ **PALOMINO BARRIENTOS, Eugenio.** Régimen de Pensiones. Ed. Medina. Lima – Perú, 2003. Pág. 52.

busca que el trabajador se desarrolle y alcance su realización social y personal, para lo cual la Seguridad Social debe incorporar a la clase trabajadora a su sistema de previsión y en atención a este principio, hacerla prevalecer en salvaguarda de los sectores de menores recursos, ya que su derecho a la protección como persona humana no debe diferir de cualquier otra en diferente posición social más o menos elevada¹⁸.

Por otra parte, el Derecho Previsional es regulado por la ley y las normas derivadas en cuanto se refiere a su institucionalización, accesibilidad, estructura administrativa, prestaciones y funcionamiento. Así también, la ley establece las situaciones en las cuales puede otorgarse este derecho de forma excepcional, y de acuerdo con los postulados de sus principios y en cumplimiento de ellos, en concordancia con las facultades de discrecionalidad que competen a las autoridades que detentan los niveles de decisión.

Por lo tanto, el Principio de Legalidad se convierte en la piedra angular de la construcción de la Seguridad Social, ya que ordena adecuadamente su sistema y le confiere la calidad que su propio imperium determina, debiendo ceñirse a su mandato tanto el aportante como la entidad encargada de otorgar las pensiones, para el presente caso.

Complementariamente, debe tomarse en consideración el Principio de Tuitividad, el cual consagra la protección o la asistencia que anima a todo Sistema de Previsión Social y alcanza desde la previsión de los riesgos hasta la rehabilitación de los daños que pueda sufrir el titular del derecho o quien lo detentare.

En ese sentido, la Seguridad Social cubre indistintamente las contingencias de salud (actuales o sobrevivientes), las del régimen pensionario (diferidas, las cuales son materia de la presente tesis) y otras que puedan contemplarse.

¹⁸ **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).** Reforma de las jubilaciones y concertación social. Ginebra – Suiza, 2002. Pág. 61.

En base a lo anteriormente expresado, podemos señalar que un sistema equitativo en materia de Seguridad Social, es aquel que le otorga a todo individuo un tratamiento que preconiza una equivalencia entre el monto de las prestaciones recibidas y el monto esperado de las contribuciones al financiamiento realizadas por dicho individuo en particular; en este caso se hablará de equidad a nivel individual para la persona considerada.

Adicionalmente, un sistema de seguridad social es equitativo en su conjunto si la proporción entre prestaciones esperadas y contribuciones esperadas es similar para todos los individuos cubiertos; es decir, si trata a todos los individuos por igual en términos de la relación entre prestaciones y contribuciones.

En ese contexto, es pertinente recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado en sus diversos pronunciamientos que la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que en armonía con este precepto constitucional le corresponde a las autoridades dotar a las personas de su acceso a una seguridad social que debe considerarse como una contraprestación a favor de aquellos que entregaron su cuota de trabajo en beneficio de la sociedad¹⁹.

En consecuencia, la posición del órgano máximo del control de la constitucionalidad de las leyes, es que la interpretación de una norma jurídica deberá efectuarse dentro de una perspectiva que permita la plena vigencia del derecho a una pensión, sin que una limitación de la misma constituya un recorte al acceso de la seguridad social.

¹⁹ **JIMENEZ CASTAÑEDA, Francisco.** Jurisprudencia en materia de Pensiones. Ediciones Legales. Lima – Perú, 2005. Pág. 13.

2.2. Marco Teórico

Es una descripción detallada de cada uno de los elementos de la teoría que serán directamente utilizados en el desarrollo de la investigación; es el sustento, el respaldo del problema. El marco teórico está completamente determinado por las características y necesidades de la investigación.

Este marco se encuentra constituido por la presentación de postulados según autores e investigadores que hacen referencia al problema investigado y que permite obtener una visión completa de las formulaciones teóricas sobre las cuales ha de fundamentarse el conocimiento científico propuesto en sus fases de observación, descripción y explicación.

2.2.1. El Sistema Previsional Peruano

En primer término, es oportuno indicar que el aparato pensionario ha enfrentado en las últimas décadas una profunda crisis producto del desfinanciamiento del mismo²⁰, situación generada a causa de la disparidad de lo percibido por un cesante promedio del Decreto Ley N° 19990 frente a lo que recibe uno del Decreto Ley N° 20530, y las condiciones ínfimas de subsistencia de la gran mayoría de los pensionistas del primer régimen así como el excesivo gasto presupuestal que ha generado dicha inequidad al sistema presupuestal nacional.

Dicho panorama expuesto fue el origen del movimiento de reforma del sistema previsional peruano, al comienzo de la década de los años 1990. En dicho

²⁰ **GOBIERNO DEL PERU.** Informe de la Comisión Especial creada mediante Decreto Supremo N° 003-2001-TR encargada de estudiar la situación de los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530 y otros a cargo del Estado. Depósito Legal de la Biblioteca Nacional. Lima – Perú, 2001. Pág. 07.

tiempo, no se contaba con muchas experiencias de reforma en seguridad social a nivel internacional como para evaluar qué cosas funcionarían.

En ese momento, Chile constituía la principal fuente de información en materia de reforma previsional estructural; no obstante, lo que se aplicó en el Perú tomó solo en parte el modelo chileno.

Sin embargo, la reforma estructural peruana se orientó hacia un sistema paralelo en lugar de adoptar un modelo sustitutivo: desde 1992, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) ha operado en forma simultánea al Sistema Privado Pensiones (SPP)²¹.

Empero, dicha reforma no ha contribuido en el mejoramiento de la situación de los cesantes del sistema previsional público; esta afirmación queda avalada al observar la inequidad del Decreto Ley N° 20530 frente al Decreto Ley N° 19990, en el que desde la creación del primero no ha existido justicia social, ya que antes de la Reforma Constitucional se ha tenido de un lado 78,254 personas del Sistema Nacional de Pensiones con prestaciones inferiores a los S/. 800.00 Nuevos Soles frente a 258 personas de la Cédula Viva con pensiones superiores a los S/. 10,000.00 Nuevos Soles (situación que a la fecha no ha variado ostensiblemente en términos macro), realidad lamentable frente a la necesidad de aumentar los niveles de pensiones de los jubilados del Decreto Ley N° 19990²².

En ese panorama, se hace indispensable que se efectúe ciertos correctivos al funcionamiento del sistema de seguridad social en materia de pensiones, en la

²¹ **PAZ PANIZO, Jorge y Rafael Ugaz.** Análisis del Sistema Privado de Pensiones. Consorcio de Investigación Económico Social (CIES). Lima – Perú, 2003. Pág. 28.

²² **DEFENSORIA DEL PUEBLO.** Informe Defensorial N° 85 – La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Ed. Centauros Graphic. Lima – Perú, 2004. Pág. 12.

búsqueda de un modelo futuro que garantice el acceso universal al derecho previsional.

2.2.1.1. Los Regímenes Previsionales

Hace algunos años, el tema de las pensiones nivelables en la Cédula Viva causó una gran controversia, entre otros motivos, por la falta de equidad en relación con otros regímenes pensionarios, por las graves consecuencias que ocasionaban a la economía del país o por la desfiguración del sistema remunerativo público que originó dicha situación²³.

Por dicho motivo, el Estado Peruano intentó una reforma constitucional que resolviera las distorsiones generadas exclusivamente por el Régimen del Decreto Ley N° 20530, lo cual implicó una revolución del aparato previsional público, con la finalidad de salvaguardar la sostenibilidad de la seguridad social en materia pensionaria.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú promueve un sistema de seguridad social factible, eficaz y sostenida por cálculos actuariales realistas, dicha Reforma Constitucional ha sido un punto de partida para ello, pero aún no es suficiente a la luz de las cifras que se manejan hoy en día acerca de la problemática estudiada, por lo que es necesario reordenar el sistema legal que regula el funcionamiento de los regímenes previsionales, así como establecer reglas claras para fomentar la equidad en las pensiones otorgadas por la seguridad social peruana.

En ese orden de ideas, a efectos de continuar con el análisis propuesto en la presente investigación, sugerimos hacer una revisión de los regímenes

²³ **BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ**. Regímenes de pensiones a cargo del Estado. Sub – Gerencia del Sector Público (Departamento de Análisis del Sector Público). Lima – Perú, 2004. Pág. 23.

previsionales involucrados en la problemática planteada, así como las particularidades de éstos.

2.2.1.2. Régimen Abierto

A efectos de la presente Tesis, se entenderá como Régimen Abierto al que comprende el Decreto Ley N° 19990, que regula el Sistema Nacional de Pensiones, el cual norma las pensiones de los trabajadores públicos y privados (Decreto Legislativo N° 728), en general, y está a cargo de la Oficina de Normalización Previsional.

2.2.1.3. Régimen Cerrado

Para la investigación en curso, el Régimen Cerrado es el Decreto Ley N° 20530 de Cesantía, Jubilación y Montepío, el cual comprende únicamente a los trabajadores públicos que ingresaron a laborar bajo el régimen del Decreto Ley N° 11377²⁴, y su administración está a cargo de la propia entidad pública o ministerio donde prestó servicios el pensionista, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27719, cuya fecha de publicación data del 12 de mayo del año 2002²⁵.

2.2.2. La situación actual del Sistema Nacional de Pensiones

Es pertinente indicar que, al 31 de diciembre de 2007, según datos consignados en la Página Web de la Oficina de Normalización Previsional

²⁴ **WESTER BARRERA, Jorge**. Manual de Pensiones. Marsol Perú Editores. Trujillo – Perú, 1986. Pág. 36.

²⁵ **ZAVALA LOMBARDI, Fernando**. Proyecto de Ley de Reforma Constitucional en materia de pensiones del Decreto Ley N° 20530: Implicancias en las Finanzas Públicas. Ministerio de Economía y Finanzas. Lima – Perú, 2004.

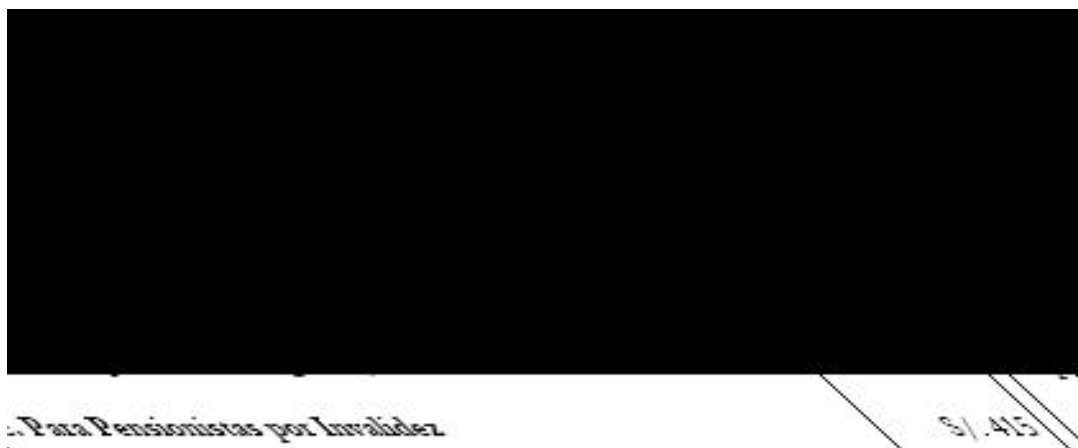
La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

(ONP)²⁶, el Decreto Ley N° 19990 cuenta con 2'016,830 afiliados, de los cuales 457,603 son pensionistas y 1'559,227 son trabajadores activos que aportan al citado Régimen Previsional.

Los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones son los menos favorecidos en el monto de la pensión, dentro del universo de jubilados de nuestro país. A diferencia del Régimen del Decreto Ley N° 20530, en este sistema no se presenta mayor dispersión entre las pensiones pagadas, dado que existen montos mínimos y máximos²⁷.

Dicha aseveración queda avalada al revisar los valores de la pensión mínima correspondiente al requisito mínimo de años de aporte, así como el de la pensión por menores años de aporte (otorgadas en el marco del Decreto Ley N° 19990):

Pensiones Mínimas y Reducidas otorgadas por el Decreto Ley N° 19990



Fuente: ONP – RESUMEN DEL ESTUDIO ECONOMICO DE RESERVAS PREVISIONALES DEL DECRETO LEY 19990 – AÑO 2008.

²⁶ Para mayor información, confróntese la Página Web de la Oficina de Normalización Previsional (ONP): <http://www.onp.gob.pe/inicio.do>

²⁷ CHACALTANA, Juan, Norberto García y José Gallardo. Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú. Consorcio de Investigación Económico Social (CIES). Lima – Perú, 2002. Pág. 42.

En consecuencia, al evaluarse la incidencia de los ajustes efectuados en el Régimen del Decreto Ley N° 19990, entre ellos, la elevación de la tasa de contribución, el incremento de años de aportación, aumento de la edad de jubilación, etc., se concluye que dichas medidas no han sido suficientes para cubrir los efectos de los cambios demográficos y la alta morosidad en el pago de la aportación.

2.2.2.1. Sus orígenes

El Sistema Nacional de Pensiones, que se rige por el Decreto Ley N° 19990 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 011-74-TR, entró en vigencia a partir del 01 de mayo de 1973, este sistema consolidó en uno solo los regímenes de pensiones y que venían rigiendo tanto para los trabajadores obreros cuanto para los empleados, a través de la Caja Nacional del Seguro Social (Leyes N° 8433 y 13640 de obreros), Ley N° 13724 del Seguro Social del Empleado y Decreto Ley N° 17262 del Fondo de Jubilación de Empleados Particulares (ex FEJEP). Actualmente, este Sistema es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Para comprender la problemática abordada en la presente investigación, corresponde efectuar una revisión de los antecedentes históricos del Sistema Nacional de Pensiones, que tiene a su cargo el Régimen Previsional del Decreto Ley N° 19990:

- ❖ En el Perú, la Seguridad Social se estableció de manera oficial en el año 1936, con la dación de la Ley N° 8433, que creó la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, estableciéndose la protección de los trabajadores, respecto a enfermedad, maternidad, vejez y muerte²⁸.

²⁸ **RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge**. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Tarpuy. Lima – Perú, 1992. Pág. 17.

- ❖ Posteriormente, en 1961 se promulgó la Ley N° 13724, que institucionalizó el Seguro Social del Empleado, mediante el Sistema de Libre Elección.
- ❖ Luego, en 1971, mediante el Decreto Ley N° 18846 publicado el 29 de abril de 1971, se creó el Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, lo que significó pasar de las Compañías Privadas de Seguros de la Caja Nacional del Seguro Social, la cual fue concebida sin fines de lucro y dentro de los principios de la Seguridad Social.
- ❖ Es así, que en 1973, se creó el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), a través del Decreto Ley N° 19990, publicado el 30 de abril de 1973, que articuló dentro de su ámbito, además de la Pensión de Jubilación, la de Invalidez y la de Sobrevivientes²⁹.

2.2.2.2. La normativa que regula este sistema

El Régimen del Decreto Ley N° 19990 o Sistema Nacional de Pensiones beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada (Ley N° 4916 – Decreto Legislativo N° 728), a los obreros (Ley N° 8433) y a los funcionarios y servidores públicos bajo el régimen de la actividad pública (Ley N° 11377 – Decreto Legislativo N° 276) no incorporados al régimen del Decreto Ley N° 20530.

Es un sistema de reparto, el cual tiene como característica principal el otorgamiento de prestaciones fijas – sobre contribuciones no definidas – en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones. En la actualidad, este régimen previsional es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

²⁹ **ROMERO MONTES, Francisco Javier.** La Jubilación en el Perú. Servidores Públicos y Privados. Lima – Perú, 1984.

2.2.2.3. El panorama de los cesantes del Decreto Ley N° 19990

Existen dos clases de asegurados comprendidos en el Sistema Nacional de Pensiones – Decreto Ley N° 19990 (administrado en la actualidad por la Oficina de Normalización Previsional – ONP):

Asegurados Obligatorios

- a) Los trabajadores que presten servicios bajo el régimen de la actividad privada (Decreto legislativo N° 728) a empleadores particulares, cualquiera que sea la duración del contrato de trabajo y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes.
- b) Los trabajadores que presten servicios al estado bajo los regímenes de la Ley N° 11377, Decreto Legislativo N° 276 o de la actividad privada que no estén comprendidos en el Decreto Ley N° 20530³⁰.
- c) Los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares.
- d) Los trabajadores al servicio del hogar.
- e) Los trabajadores artistas a que se refiere el Decreto Ley N° 19479.
- f) Los choferes profesionales independientes (incorporados por la Ley N° 24827).
- g) Los trabajadores mineros (Ley N° 25009).

³⁰ **PATRON FAURA, Pedro.** Legislación pública sobre empleados públicos. Ed. Librería Studium. Lima – Perú, 1987. Pág. 46.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- h) Los trabajadores de construcción civil (Decreto Supremo N° 018-82-TR).
- i) Aquellos trabajadores que realizan actividad económica independiente.
- j) Otros trabajadores que sean comprendidos en el Sistema por Decreto Supremo³¹.

Asegurados Facultativos

Están comprendidos los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y hayan tenido por lo menos 18 meses calendarios de aportación.

En ese contexto, puede deducirse que el Decreto Ley N° 19990 cuenta con la mayor población de pensionistas dentro del sistema previsional nacional, lo cual queda reflejado en el siguiente cuadro que ilustra el crecimiento del número de jubilados en los últimos 07 años:

Año	N° Pensionistas	Variación porcentual
2001	352 020	
2002	383 737	9
2003	390 986	1,9
2004	408 169	4,4
2005	433 048	6,1
2006	446 130	3
2007	443 133	-0,68

Fuente: División de Pensiones ONP.

³¹ Confróntese: <http://www.onp.gob.pe/inicio.do>

2.2.4. Los límites pensionarios de este régimen previsional

Cuando nos referimos a este tema, debemos señalar previamente que los requisitos exigidos en el régimen general para acceder a una pensión en el Decreto Ley N° 19990 son los siguientes:

- a) Edad de jubilación: 65 años de edad.
- b) Años de aportación: 20 años como mínimo.
- c) Tasa de aporte: 13% de la remuneración asegurable del trabajador.
- d) Pensión mínima a otorgar: S/. 415.00.
- e) Pensión máxima: S/. 857.36.

2.2.3. La Cédula Viva y su existencia controversial

El Régimen del Decreto Ley N° 20530, es una expresión legislativa del desarrollo constitucional del derecho a la seguridad social en materia pensionaria, al cual tiene derecho toda persona y que el Estado reconoce como derecho universal o derecho humano con carácter inalienable, cuyo propósito es protegerlo frente a futuras contingencias elevando su calidad de vida, concepción que ha sido recogida por el artículo 10º de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, el carácter controversial de este régimen previsional (también conocido como el de la Cédula Viva), ha radicado en que no se consideró el elemento de la edad mínima para acceder a la pensión, y por lo demás se fijó en solamente 15 años para los hombres y en 12.5 años para las mujeres, el

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

período mínimo de aportaciones para este seguro previsional; esta característica lo diferencia de los demás regímenes previsionales, en los cuales la edad es una condición fundamental para acceder a una pensión en éstos³².

Por ende, el fundamento para fijar el monto de la pensión en dicho subsistema pensionario no respondió a un cálculo económico real, sino a una mera voluntad que establecía el valor de la prestación económica en equivalencia a la remuneración de un trabajador en actividad, hecho que con el paso del tiempo ha originado el desfinanciamiento del sistema previsional público.

En ese orden de ideas, el Régimen del Decreto Ley N° 20530 (de carácter cerrado), fue creado para beneficiar a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública regulado por el Decreto Ley N° 11377.

Dicho régimen era de carácter cerrado por cuanto un trabajador que se reincorporara al servicio civil tenía que elegir entre la pensión o la remuneración, y al cese percibiría la pensión por el Decreto Ley N° 20530, además de la pensión que pudiera haber generado en el régimen del Decreto Ley N° 19990³³.

Este subsistema de seguridad social en pensiones es el más antiguo del Perú (cuyo antecedente es la Ley de Goces de 1850), el cual no ha sufrido modificación alguna que conlleve a adecuarlo a los cambios demográficos; por el contrario, los cambios legales en la referida Ley distorsionaron el sistema originalmente diseñado:

³² **PAREDES INFANZON, Jelio.** Los principios de la Seguridad Social. Ed. EDIAL. Lima – Perú, 1996. Pág. 47.

³³ En relación con el particular, revisar los artículos 1°, 2° y 17° del Decreto Ley N° 20530.

- ❖ Mediante la Ley N° 23495 se modificó el cálculo original de la pensión³⁴ haciéndola nivelable³⁵.
- ❖ A través de la Ley N° 23329 se permitió la reincorporación al sistema³⁶.
- ❖ Por la Ley N° 25008³⁷ se elevó la pensión de sobrevivientes al 100% de la pensión de cesantía.

Posteriormente, diversas normas ampliaron indebidamente los alcances de este sistema, tanto para incorporar nuevos trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública³⁸, como para incorporar a los trabajadores de empresas públicas estatales sujetos a la actividad privada³⁹, los cuales en la actualidad gozan de pensiones muy superiores a las que se otorgan en cualquiera de los sistemas de pensiones que existen en el Perú e inclusive a la mayoría de pensionistas beneficiarios del propio sistema.

³⁴ Este cálculo fue establecido por el artículo 5° del Decreto Ley N° 20530, que normaba que las pensiones de cesantía y sobrevivientes se regulaban en base al ciclo laboral máximo de 30 años para el personal masculino y 25 años para el femenino a razón, según el caso, de una treintava o veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses, por cada año de servicio, observándose el régimen de dozavos por fracciones inferiores a un año de servicios.

³⁵ La Ley N° 23495 de fecha 19 de noviembre de 1982 en su artículo 1° establecía la nivelación de pensiones en función al haber del trabajador activo que ostentaba igual cargo (disposición que ha sido dejada sin efecto por la Reforma Constitucional del año 2004).

³⁶ Confrontar: Ley N° 23329, de fecha 03 de diciembre de 1981 (la cual fue derogada por el Decreto Legislativo N° 763).

³⁷ Acerca de este punto, verificar lo que expresa el articulado pertinente de la Ley N° 25008 de fecha 20 de enero de 1989.

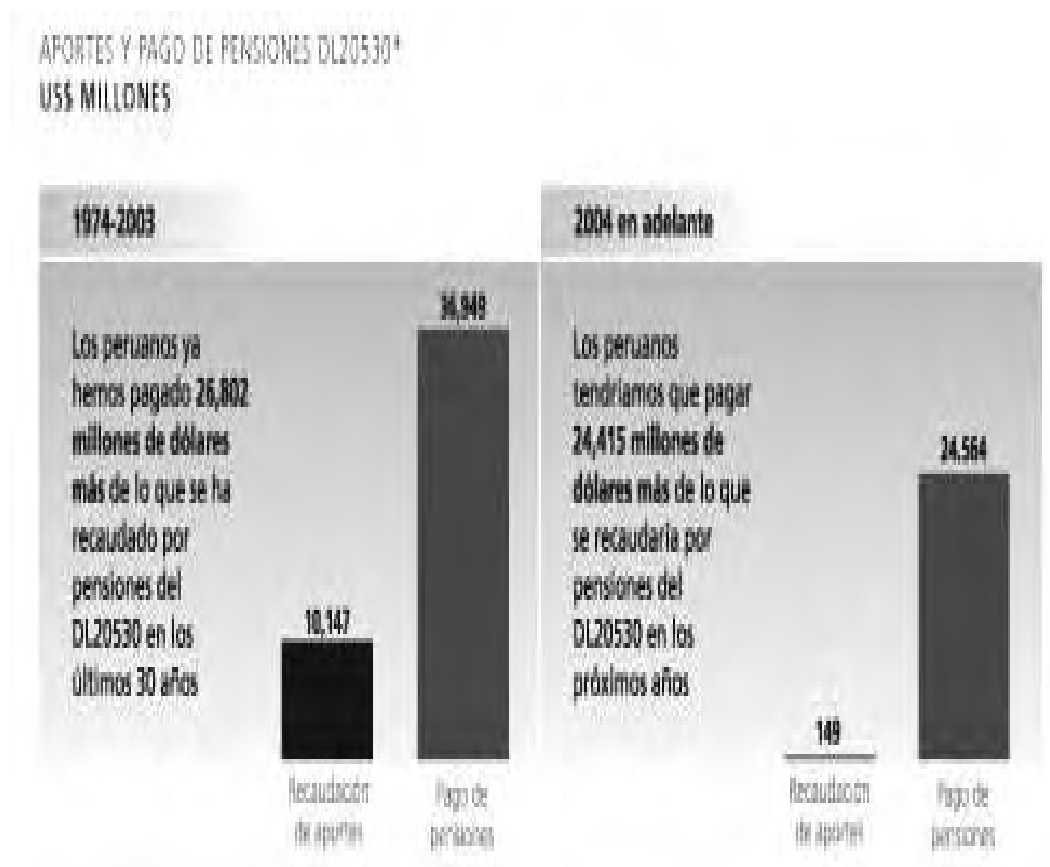
³⁸ En cuanto a este tema, revisar la Ley N° 24366 de fecha 20 de noviembre de 1985, la Ley N° 25066 de fecha 23 de junio de 1989 y la Ley N° 25273 de fecha 07 de julio de 1990, las cuales permitieron nuevas incorporaciones al Régimen Previsional del Decreto Ley N° 20530.

³⁹ Confrontar: Ley N° 25219 (PETROPERÚ S.A.) de fecha 31 de mayo de 1990, y Ley N° 25388 (Banco de la Nación) de fecha 8 de enero de 1992.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

Cabe mencionar que la dispersión de las pensiones ha sido significativamente alta entre los pensionistas provenientes de los Ministerios y los pensionistas de las Empresas Públicas en este régimen.

El Régimen del Decreto Ley N° 20530, que preconizaba la actualización automática sobre la remuneración del trabajador, respondió a la necesidad del Estado de compensar los bajos sueldos pagados. Sin embargo, la distorsión derivada de las indebidas incorporaciones⁴⁰, perjudicó el desenvolvimiento de una política salarial justa y transparente en el Sector Público y la estabilidad económica del país, tal como lo podemos apreciar en el siguiente cuadro:



FUENTE: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF) – REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES (2004).

⁴⁰ Esta cita se refiere a los incorporados a la Cédula Viva, siendo trabajadores y servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Esta situación afectó la capacidad de pago de las obligaciones del Estado y disminuyeron la posibilidad de incremento de las pensiones para las capas más desprotegidas⁴¹. Esto, aunado a que los fallos judiciales en la materia han dejado de lado los criterios legales, económicos y éticos, es una de las principales causas por las que este régimen ha colapsado.

2.2.3.1. Su antecedente: La Ley de Goces de 1850

El Decreto Ley N° 20530, tiene su antecedente normativo en la Ley General de Goces, promulgada en el gobierno del Presidente Ramón Castilla, la cual sustituyó a la Real Cédula del 08 de noviembre de 1803, el cual establecía un régimen de jubilación exclusivo para los servidores públicos, que en aquel entonces era reducido debido a la conformación del Estado en dicha época⁴².

Este antiguo régimen estaba establecido bajo el esquema del sistema cerrado del empleo público de raíz europea continental, en oposición al sistema abierto de raíz anglosajona en cuya regulación encontramos rasgos de “laboralización”.

El Régimen de la Cédula Viva (hasta la promulgación del Decreto Ley N° 20530), era otorgado por el mismo Presidente de la República, en un documento denominado precisamente “Cédula” por cuanto era otorgado a este reducido grupo de servidores, cuya función era de servicio público y su remuneración dependía del Tesoro Público, como costos fijos para su funcionamiento y no a partir de réditos o ganancias que se producían como consecuencia de una actividad económico productiva.

⁴¹ Es pertinente indicar en este punto, que existe una gran cantidad de personas que perciben pensiones por debajo de los niveles de subsistencia.

⁴² **BACACORZO, Gustavo.** Derecho Administrativo. Tomos I y II. Ed. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, 2002.

En ese escenario, al haberse producido la ampliación de este régimen, ello generó la masificación de la cobertura de la Cédula Viva, pese a que el propio Decreto Ley N° 20530 tenía por objeto cerrar dicho régimen, luego de la promulgación del Decreto Supremo del 11 de julio de 1962⁴³.

2.2.3.2. El marco legal del Decreto Ley N° 20530

El Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530 tiene su origen en leyes muy antiguas, que concedían pensiones vitalicias a cargo del Tesoro Público a un grupo muy reducido de funcionarios del Estado, como recompensa por los servicios prestados.

Con el transcurrir del tiempo, el ámbito de aplicación de este régimen previsional se fue ampliando, incluyendo más beneficiarios y con mayores beneficios. Así, paulatinamente fue convirtiéndose en una preocupación fiscal, no sólo porque en este sistema las aportaciones a lo largo de la vida no financiaban el beneficio de la pensión, sino porque la brecha entre las aportaciones acumuladas y los pagos de pensiones se iba incrementando.

En ese contexto, es pertinente tener en cuenta las siguientes acciones legislativas sobre este aspecto:

- ✓ Se permitió el reingreso al servicio activo y acumulación de tiempo de servicios de los cesantes que habían ingresado a este régimen antes del 11 de julio de 1962. Asimismo, se incorporó a todos los servidores que a esa fecha tenían reclamaciones pendientes de resolución sobre su reincorporación (Ley N° 23329, de fecha 03 de diciembre de 1981, derogada por el Decreto Legislativo N° 763).

⁴³ **PACHECO MAITA, Rosario** Ob. Cit. Pág. 113.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- ✓ Se acogieron pensionistas del Ministerio de Aeronáutica que ingresaron bajo el régimen laboral de la actividad privada antes del 11 de julio de 1962, que no fueron acogidos por el Decreto Ley N° 17262 y que, al 1 de mayo de 1973, contaban con veinte o quince años de servicios, según fueran hombres o mujeres (Ley N° 23627, de fecha 15 de junio de 1983).
- ✓ Se incorporó a los trabajadores que ingresaron al sector público antes del 27 de febrero de 1967 (Ley N° 24366, de fecha 22 de noviembre de 1985).
- ✓ Se amplió el universo de posibles beneficiarios al personal contratado o nombrado que ingresó al sector público antes del 27 de febrero de 1974 y que continuaba laborando al 23 de junio de 1989 (Art. 27° de la Ley N° 25066, de fecha 23 de junio de 1989).
- ✓ Se incorporó a los trabajadores del Banco de la Nación sujetos al régimen de la actividad privada que habían ingresado a la carrera administrativa antes de 1962 (Ley N° 25146, de fecha 20 de diciembre de 1989).
- ✓ Se incorporó al personal nombrado incluido en la Ley del Profesorado ingresado hasta el 31 de diciembre de 1980 (Ley N° 25212, de fecha 20 de mayo de 1990).
- ✓ Se incorporó a un grupo de trabajadores de Petroperú, sujetos al régimen laboral de la actividad privada: los que habían sido trabajadores de la Empresa Petrolera Fiscal ingresados antes del 11 de julio de 1962.8 (Ley N° 25219, de fecha 31 de mayo de 1990).
- ✓ Se aprobó la reincorporación de los trabajadores de empresas del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada que antes habían pertenecido a la carrera administrativa, habiendo pasado de la

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

administración pública a la empresa sin interrupción (Ley N° 25273, de fecha 17 de julio de 1990).

- ✓ Se permitió el ingreso de los magistrados que cumplían diez años laborando (Decreto Legislativo N° 767, de fecha 04 de diciembre de 1991). Este beneficio es también aplicable a los miembros del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052).

Asimismo, se ampliaron los beneficios del Decreto Ley N° 20530 de la siguiente manera:

- ✓ Se modificó la norma que autoriza a sumar cuatro años de estudios a los trabajadores con título universitario o de nivel equivalente, estableciéndose que los años de formación profesional pueden ser simultáneos a los años de servicios. Es decir, no sólo se adquiere el derecho a pensión al cumplir con 15 ó 12.5 años de servicios efectivos o se tiene derecho a pensión nivelable al cumplir los 20 años, sino que también los años de estudios se pueden sumar para efectos del cómputo de años en el sistema, a pesar de ser un tiempo en el que el pensionista no habría aportado al sistema. (Ley N° 24156, de fecha 08 de junio de 1985).
- ✓ Se autorizó sumar como años de servicios los desempeñados sin remuneración por regidores y alcaldes hasta antes del 01 de enero de 1984 (Ley N° 24779, de fecha 27 de diciembre de 1987).
- ✓ Se elevó las pensiones de sobrevivientes hasta el 100% del total de la pensión de cesantía (Ley N° 25008, de fecha 25 de enero de 1989).
- ✓ Se facultó a los trabajadores sujetos a la carrera administrativa a acumular el tiempo de servicios prestado a empresas públicas, aunque hubieran aportado al régimen del Decreto Ley N° 19990 (Artículo 430° del Decreto

Legislativo N° 556 – Ley de Presupuesto Público de 1990, de fecha 30 de diciembre de 1989).

A lo señalado, se suman las actuaciones que se produjeron en materia constitucional sobre el tema analizado:

- ✓ La Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979 introdujo una nivelación progresiva a partir de los veinte años de servicios, a pesar que el artículo 49° del Decreto Ley N° 20530 fijaba en 30 años el requisito para acceder a una pensión renovable.
- ✓ Esta Disposición Constitucional fue desarrollada por la Ley N° 23495, de fecha 20 de noviembre de 1982, indicando que “cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad”; en suma, se estableció una nivelación automática y permanente hacia el futuro.
- ✓ Finalmente, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna de 1993 consagró la Teoría de Derechos Adquiridos en materia pensionaria⁴⁴. Sin embargo, con posterioridad a la Reforma Constitucional del año 2004, la Teoría de los Hechos Cumplidos sustituyó a la teoría antes citada, produciéndose un cambio radical en materia previsional, con el objetivo de rescatar al aparato previsional estatal de la crisis que tuvo que afrontar debido a la dispersión de los montos pagados a los pensionistas de este régimen previsional⁴⁵.

⁴⁴ **ROMERO MONTES, Francisco Javier** (2005). Algunas consideraciones acerca de la enmienda constitucional en materia pensionaria. En: Revista Vox Juris N° 12. Universidad Particular San Martín de Porres. Lima – Perú, 2005. Pág. 24.

⁴⁵ El maestro sanmarquino Francisco Romero Montes (en la publicación citada en la nota anterior), en alusión a dicho tema esboza su posición de la siguiente forma: “(...) **Realmente, la propuesta de enmienda se aparta de los criterios jurídicos para la aplicación del propósito y opta, en ese sentido, por dar una “patada al tablero” al establecer en el artículo 3° que por razones de**

2.2.3.3. La Cédula Viva en cifras

El Decreto Ley N° 20530, a lo largo de su evolución histórica ha presentado una distribución inequitativa de sus beneficios; por un lado, antes de la reforma constitucional mencionada y aún en la actualidad, existe un grupo de pensiones altas que llegan a superar los S/. 5,000.00 mensuales y, en cambio, existe otro grupo con pensiones bajas.

Se estimaba al año 2005, que el promedio de pensiones del 1% superior de la distribución era superior 26 veces al del 10% inferior; dicha situación ha reflejado una verdad irrefutable: el alto grado de inequidad existente en dicho régimen.

Por otra parte, existe un mito que es bueno refutar en la presente investigación: no es cierto que todos los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 perciban pensiones altas, ya que dentro del Régimen del Decreto Ley N° 20530 existen pensiones paupérrimas, así como otras que alcanzan hasta cifras cercanas a las 02 UIT mensuales.

2.2.3.4. Las Reformas Constitucionales

La situación antes descrita obligaba al Estado a adoptar medidas concretas que pudieran dar viabilidad al aparato previsional público, ya que con las reglas normativas instituidas al año 2003 no era posible evitar el colapso del sistema de seguridad social estatal.

interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del estado, según corresponda (...)."

Dicha situación originó que, a través del Poder Legislativo se dictarán sendas Leyes de Reforma Constitucional en el año 2004, así como un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al año siguiente, acciones que abordamos a continuación:

Ley N° 28389 – 17 de octubre de 2004

La primera de ellas es la Ley N° 28389, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 17 de octubre de 2004, que declaró cerrado el sistema pensionario del Decreto Ley N° 20530, con lo cual el Congreso de la República puso fin a la Cédula Viva, disponiendo que en adelante no estarán permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones a este régimen.

La norma precisó que los trabajadores que pertenecían al Decreto Ley N° 20530, y que no hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, con el objetivo de poner fin a un régimen discriminatorio en materia pensionaria.

En consecuencia, al haberse modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, fue eliminada de nuestro ordenamiento jurídico la Teoría de los Derechos Adquiridos⁴⁶, la cual se venía invocando en materia previsional y laboral, reafirmandose el vigor de la Teoría de los Hechos Cumplidos.

⁴⁶ En relación a la Teoría de los Derechos Adquiridos frente a la de los Hechos Cumplidos, podemos citar una apreciación del jurista Marcial Rubio Correa: “(...) La teoría del derecho adquirido opta por defender la seguridad jurídica; la teoría del hecho cumplido, en cambio, opta por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado tiene de alterar los mandatos (...) Opinamos que **la teoría del hecho cumplido, a pesar de sus relativas indeterminaciones, es más clara que la del derecho adquirido, por cuanto combina de manera más acertada la necesidad de vigencia efectiva de las normas jurídicas, con una medición más exacta de los hechos reales desde el punto de vista temporal, al establecer como punto de referencia el momento en que la norma nueva entra en vigencia (...)**”. (Confróntese: RUBIO CORREA, Marcial (1999). El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Lima – Perú, 1999. Pág. 330).

Ley N° 28449 – 30 de diciembre de 2004

A través de la referida norma, publicada con fecha 30 de diciembre de 2004, se establecieron las nuevas reglas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530, de conformidad con los artículos 11º, 103º y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Asimismo, la citada Ley no afectó los derechos y beneficios del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 19990.

Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente Acumulado N° 050 2004-AI/TC – 12 de junio de 2005

En una extensa Sentencia de 120 páginas, publicada con fecha 12 de junio de 2005, el Tribunal Constitucional confirmó la validez de la Reforma Constitucional llevada a cabo mediante la Ley N° 28389, al mismo tiempo que le practicó algunos ajustes a la Ley N° 28449 que estableció las nuevas reglas aplicables al régimen de pensiones del Decreto Ley 20530, tras la modificación de la Carta Magna.

En tal sentido, el fallo comentado declaró infundado el proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional del Régimen Pensionario Público de la Cédula Viva. De una parte, se ratificó el cierre definitivo del régimen previsto por el Decreto Ley N° 20530 y la desaparición de la nivelación automática de las pensiones con los sueldos del trabajador activo.

De otro lado, se convalidó tanto la imposición de topes a las pensiones que excedan de dos (02) Unidades Impositivas Tributarias (Ley N° 28449), en cuanto a la disposición que establece que el ahorro que provenga de las nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas.

Como sustento final de esta trascendental decisión se encuentra el balance redistributivo de derechos pensionarios, al considerar que encuadrar dentro de ciertos límites el derecho de los pensionistas con una expectativa de pensión mayor, con la finalidad de mejorar la situación de aquellos que están en la base de la pirámide, no ha significado una vulneración del carácter progresivo de la seguridad social ni de los derechos de igualdad y propiedad de los pensionistas.

Por otro lado, como ya se ha mencionado con anterioridad, la Sentencia formula algunos ajustes a la Ley N° 28449, que concretó las nuevas reglas aplicables a los beneficiarios y pensiones reguladas por el Decreto Ley N° 20530, consistentes principalmente en:

- No considerar como acumulativos los requisitos de carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión y ausencia de amparo de algún régimen de seguridad social, para efectos del otorgamiento de pensión de viudez a un varón, con lo que se flexibiliza este requisito y se permite una mayor amplitud a la cobertura.
- Ampliar la pensión de orfandad hasta la conclusión de los estudios básicos o superiores, eliminando el señalamiento de que sólo se otorgaría esta pensión hasta que se cumpla 21 años.
- Equiparar las pensiones de viudez y orfandad en el 50% de la pensión que le correspondería al causante.

El fallo comentado fomentó un cambio constitucional imprescindible para comenzar a poner fin a la anarquía existente en el aparato previsional estatal,

así como para hacer posible una reforma integral del Empleo Público en el Perú⁴⁷.

Sin embargo, a pesar de lo auspicioso que ha resultado dicha Reforma, se puede observar que estas medidas legislativas no han logrado revertir de forma importante la crisis de los regímenes previsionales públicos en el Perú⁴⁸, aspecto íntimamente ligado a la disparidad de las pensiones en dichos regímenes (tal como quedará demostrado con las cifras que exponemos en nuestro Capítulo IV: verificación de Hipótesis y Análisis de Resultados).

2.2.3.5. La situación de los beneficiarios de este régimen

En cuanto al presente punto, es pertinente señalar que el Régimen Previsional del Decreto Ley N° 20530 se ha venido financiando selectivamente con las contribuciones de los trabajadores y del empleador, que en este caso es el Estado.

Dichas contribuciones han tenido como destino el Tesoro Público, impidiéndose la posibilidad de generación de un fondo de reserva que hubiera servido para estabilizar económicamente este régimen pensionario; consecuentemente, el pago de las pensiones es también solventado con los fondos del Fisco, cuyo importe debe ser considerado en el Presupuesto General de la República.

Este panorama de disparidad, frente a los demás regímenes se ve reflejado en que el derecho a la pensión de cesantía está determinado en base a la cantidad de años de servicios prestados al Estado, sin interesar la edad del

⁴⁷ Para mayor información, puede consultarse la Página Web del Tribunal Constitucional (TC), órgano máximo del control de la constitucionalidad del país: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>

⁴⁸ **CAMPOS BALAREZO, Juan Manuel** Cuestionamientos a las medidas dictadas por el Gobierno respecto al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Humanos. Lima – Perú, 2004.

servidor, agregando la circunstancia de haber ingresado al servicio hasta las fechas señaladas por los dispositivos legales en los diferentes casos.

2.2.3.6. Los topes pensionarios aplicables a sus integrantes

Acerca del referido punto, es preciso indicar que luego de las innovaciones constitucionales que hemos comentado a lo largo del desarrollo de la presente Tesis, el panorama inicial ha sido modificado; empero, dichas medidas legislativas no han sido suficientes para lograr los resultados trazados, ya que no han resuelto el real problema que afecta el sistema previsional público, y en particular el desequilibrio presupuestal: la desigualdad entre una pensión percibida por un cesante del Sistema Nacional de Pensiones frente a otro de la Cédula Viva.

Pero, a modo de ilustración y para complementar el análisis del tema previsional en el ámbito público, es oportuno manifestar que el Tribunal Constitucional reafirmó, en su Sentencia recaída en el Expediente Acumulado Nº 050-2004-AI/TC, los límites de los montos de las pensiones de los beneficiarios del Régimen de Pensiones del Decreto Ley Nº 20530 que estableció la Reforma Constitucional del año 2004.

En ese contexto, el Fundamento 100 de la Sentencia comentada procedió al establecimiento de topes pensionarios, lo cual según criterio del colegiado constitucional obedeció a dos razones fundamentales:

- ⊕ La Disponibilidad Económica del Sistema de Seguridad Social (específicamente, en el tema pensionario); y,
- ⊕ El Principio de Solidaridad.

La Disponibilidad Económica Estatal

En mérito de este postulado, el legislador ha regulado las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez de recursos o medios económicos limitados con los que cuenta el sistema.

En ese orden de ideas, la Ley N° 28389 – Ley de Reforma Constitucional, ha previsto que los regímenes pensionarios deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no de nivelación.

Por lo tanto, cuando se fije un tope a la percepción de pensiones, el legislador no podrá sobrepasar el límite que se le ha otorgado en la Reforma Constitucional, al momento de apreciar aquellas circunstancias socioeconómicas condicionantes de la actualización del sistema de pensiones.

La Solidaridad como pilar del Sistema de Seguridad Social

En virtud del Principio de Solidaridad, se exige que el sacrificio de bs intereses de los más favorecidos frente a los desamparados con independencia, incluso de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios (es decir, en el caso concreto, independientemente que esas pensiones proporcionalmente altas sean pocas, su limitación tenga poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficie a los pensionistas más modestos).

Por estas consideraciones, y mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de los topes materia del fallo recaído en el Expediente Acumulado N° 050-2004-AI/TC no pueden ser considerados inconstitucionales.

Complementariamente, la medida que dispone la disminución progresiva del monto de las pensiones más elevadas y el incremento de las pensiones más

bajas a un tope mínimo vital es perfectamente razonable y legítima, ya que su motivación es garantizar la sostenibilidad en el tiempo del sistema previsional público⁴⁹.

Un punto aparte: los límites de las pensiones según la Reforma Constitucional

El artículo 3º de la Ley N° 28389 ha determinado que las reglas establecidas por la ley no podrán prever la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

Además, la propia Ley de Reforma Constitucional previó que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley.

Por otra parte, según el artículo 3º de la Ley N° 28449 – Ley que establece las nuevas reglas del Régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, el monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530 es de dos (02) UIT, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

Adicionalmente, la Tercera Disposición Transitoria de la referida ley, precisa que el tope al cual hemos hecho alusión en el párrafo precedente, se aplicará a partir de la vigencia de la presente disposición de manera progresiva (esto es, a partir del 01 de enero de 2005).

Por otra parte, las reducciones de las pensiones que superen el valor de las dos (02) UIT, vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley, se

⁴⁹ En cuanto a la sostenibilidad del sistema previsional público, es pertinente citar lo expuesto por: **JIMÉNEZ, Luis Felipe y Jessica Cuadros**. Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, 2003. Pág. 57.

reducirán anualmente, a razón de 18% hasta el año en el cual dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente.

2.2.4. La Reforma del Sistema Previsional

Son muchas las razones que justifican la existencia de un sistema de pensiones; tal como lo señala el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)⁵⁰, al envejecer la gente ve disminuir sus ingresos, lo que hace que muy poca gente mayor pueda mantenerse plenamente con sus ingresos corrientes, de manera que pasan a depender de transferencias de familiares, de inversiones y ahorros acumulados, y de programas de seguridad social.

Ello se ha ido complicando con el envejecimiento de la población en la mayoría de los países, envejecimiento que se ha ido acelerando a través del tiempo.

Por ende, dicha situación ha motivado que en América Latina, en las últimas dos décadas se hayan efectuado Reformas Previsionales, las cuales tuvieron como objetivo mejorar la eficiencia en el funcionamiento de los regímenes nacionales, por medio de:

- La modificación de determinados parámetros intrínsecos de los sistemas (tasa de aportes, años de cotización, edad mínima para alcanzar los beneficios); y
- La realización de verdaderas reformas estructurales a través de la sustitución, integración o complementación de los antiguos esquemas de reparto con los nuevos regímenes de capitalización individual de los aportes

⁵⁰ Ver: **BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO**. Desarrollo más allá de la economía. Informe del Progreso Económico y Social en América Latina. Washington D.C. – Estados Unidos, 2000.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

previsionales, la administración privada de los mismos y la inversión de los fondos acumulados en los mercados financieros nacionales e internacionales.

En ese contexto, el sustento del Estado Peruano para haber efectuado la Reforma Constitucional que ha limitado los derechos pensionarios de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, ha tomado en consideración algunos factores que es pertinente proceder a mencionar:

- a) El principio de igualdad, en virtud al cual se ha considerado que era necesario limitar los ingresos de los pensionistas que perciben mayores pensiones a favor de los cesantes que reciben pensiones ínfimas.
- b) El estado deficitario, ya que el Estado no contaba con dinero suficiente para seguir cubriendo adecuadamente las obligaciones pensionarias.
- c) La justicia social y el interés público, por lo cual se buscaba garantizar mejores condiciones de subsistencias para los beneficiarios de la totalidad de regímenes administrados por el aparato gubernamental, y no mantener condiciones desiguales entre los jubilados pertenecientes al Decreto Ley N° 19990 frente a los de la Cédula Viva.
- d) La modernización del Sector Público, ello tomando en cuenta que si se quería un país que cuente con una administración pública eficiente, era necesario reformular situaciones excluyentes como la anteriormente descrita.
- e) Los sistemas pensionarios generan un gasto público, comprometiendo a futuras generaciones, lo cual implicaba que si dicho gasto público no era reformulado a través del establecimiento de condiciones más equitativas y acordes con los recursos disponibles para enfrentar el pago de las pensiones de los cesantes, la viabilidad del Sistema Previsional Público se

iba a encontrar en peligro ya que el desfinanciamiento del mismo era una situación que se produciría en cualquier momento.

Empero, hoy en día consideramos que la reforma legislativa practicada en el año 2004 ha sido el punto de partida para garantizar temporalmente la sostenibilidad del aparato previsional público pero, a pesar de ello, no se han producido los resultados esperados, ya que dichas modificaciones no han atacado el problema central: la desigualdad generada por el manejo disímil que se le sigue dando a los Regímenes Previsionales administrados por el Estado⁵¹.

2.2.5. Sobre los criterios ambiguos⁵² / inequitativos para fijar las pensiones en dichos regímenes

De la revisión de la legislación que regula los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, se observa que los criterios mínimos para el sostenimiento del Sistema de Seguridad Social, en términos comparativos, son diametralmente opuestos, ya que en dichos casos los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, de sobrevivientes o de invalidez son distintos.

Por ejemplo, en el caso del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), para tener derecho en el caso de este sub-sistema, debe considerarse la edad del asegurado y el número de años de aportaciones que éste haya efectuado a la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

⁵¹ En cuanto a esta conclusión, es oportuno revisar: **UTOFF, Andrés**. Brechas del Estado de Bienestar y Reformas a los Sistemas de Pensiones de América Latina. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, 2006. Pág. 46.

⁵² Según la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “ambiguo” se refiere **al lenguaje que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión.**

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

Por ende, el Decreto Ley N° 19990 dispone que tienen derecho a la pensión de jubilación, los hombres a partir de los 65 años de edad, y a las mujeres a partir de los 60 años, a condición de reunir los requisitos de aportación señalados en la ley; no basta contar con uno de ellos por separado, sino que es necesario la concurrencia de dichos elementos.

Caso contrario es el del Sistema de la Cédula Viva, que tienen como marco regulador que su derecho a la pensión de cesantía está dado por la cantidad de años de servicios prestados al Estado, sin interesar la edad del servidor, agregando la circunstancia de haber ingresado al servicio hasta las fechas señaladas por los dispositivos legales en los diferentes casos.

Es preciso manifestar que el trabajador adquiere derecho a la pensión al alcanzar un mínimo de 15 años de servicios reales y remunerados, si es hombre y, 12.5 años, si es mujer; en el caso de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, el requisito de años laborados es solamente de 10 años.

En base a lo anteriormente expresado, el Decreto Ley N° 20530 genera una situación de inequidad entre los pensionistas de los distintos regímenes del Estado.

Ello se constata al observar que un trabajador afiliado al Decreto Ley N° 19990 debe haber realizado aportes por un mínimo de 20 años – a una tasa de 13% - y debe esperar hasta los 65 años; luego de ello, recién adquiere derecho a una pensión en un rango entre S/. 415.00 y S/. 857.36 Nuevos Soles.

En contraposición, en el Régimen del Decreto Ley N° 20530 no existe una edad mínima de jubilación y solamente se debe contar con el periodo de aportaciones mencionado en el párrafo precedente, característica que va en sentido contrario a los lineamientos para el otorgamiento de pensiones,

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

contenidos en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) – Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social⁵³.

Hasta el año 2004, los trabajadores de este régimen sólo aportaban el 6% de sus remuneraciones; a pesar de los pocos requisitos, los pensionistas de este sistema recibían antes de la Reforma Constitucional sus pensiones sin estar sujetas a topes, las cuales llegaban hasta los S/. 30,000.00 Nuevos Soles.

Asimismo, a partir de los 20 años de aporte, se accedía a una pensión nivelable; es decir, una pensión que se actualizaba de acuerdo con los incrementos salariales de los trabajadores activos.

Como consecuencia de las diferencias entre ambos regímenes, la pensión promedio en el SNP ascendía a S/. 507.00 Nuevos Soles, mientras que en el Régimen del Decreto Ley N° 20530 ésta llegaba a S/. 1,267.00 Nuevos Soles (situación que no ha variado sustancialmente al presente año).

Esta inequidad también se reflejaba a través de mayores pensiones de sobrevivencia en el régimen del Decreto Ley N° 20530; en el SNP las viudas y los huérfanos por un lado, y los ascendientes por el otro, reciben 50% y 20% de la pensión del trabajador, respectivamente.

En cambio, en el Régimen del Decreto Ley N° 20530 las pensiones de sobrevivientes llegaban hasta el 100% de la pensión del titular (situación que si bien es cierto ha variado legalmente, no ha significado un real avance debido a que dicho régimen sigue vigente).

En consecuencia, aún cuando el Régimen del Decreto Ley N° 19990 presenta mayores requisitos respecto de los del Decreto Ley N° 20530, éstos no tienen correlato en el nivel de beneficios.

⁵³ Confrontar: **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)**. Archivo Documental. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

Ello ha derivado en un tratamiento inequitativo entre los pensionistas del Estado, situación que la Reforma Constitucional mencionada ha buscado subsanar pero que, lamentablemente, no se ha revertido en su totalidad a la fecha⁵⁴.

2.2.5.1. Factores que los determinan

En relación a los factores que determinan el panorama de ambigüedad e inequidad para fijar las pensiones en los Regímenes Previsionales materia de estudio, podemos afirmar categóricamente que dichos factores son las causales directas que explican el comentado fenómeno.

Entre éstos factores analizados, podemos señalar:

- El excesivo manejo político en la regulación del Decreto Ley N° 20530, lo cual se ve sustentado en dos aspectos:
 - La dación de normas que favorecieron a un reducido grupo de Servidores del Estado.
 - El ingreso al régimen, mediante aperturas temporales del mismo.

⁵⁴ A modo de comparación, es importante tomar en consideración las experiencias latinoamericanas, tales como la Reforma Argentina, la cual es abordada en: **CETRANGOLO, Oscar y Carlos Grushka**. Sistema Previsional Argentino: Crisis, Reforma y Crisis de la Reforma. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Buenos Aires – Argentina, 2004.

En esta obra se evalúa el nuevo sistema previsional argentino, acentuando los aspectos relacionados con el impacto de la reforma sobre las cuentas públicas, la cobertura del sistema, su funcionamiento durante el régimen de convertibilidad y el impacto de la crisis actual de la economía argentina sobre el sistema previsional. **Asimismo, se delimitan las áreas de reforma que deberán ser encaradas en el futuro, considerando las dificultades fiscales y de cobertura (panorama que posee connotaciones similares a la realidad peruana).**

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- La carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes, postulado sustentado en:
 - La inexistencia de criterios supletorios en la Legislación Nacional.
 - El carácter discriminatorio del Decreto Ley N° 20530 frente al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

Iniquidad entre sistemas pensionarios a cargo del Estado

	Decreto ley 20530	Decreto Ley 19990
Número de pensionistas	295,000	409,000
Costo por pensionista	S/.17,647	S/. 7,430
Tiempo mínimo de servicio para jubilarse	Hombres: 15 años Mujeres: 12,5	20 años
Edad mínima para jubilarse	No existe	65 años de edad
Aporte	6% (a partir de agosto 2003 es 13%).	13%
Pensiones de cesantía	Luego de 20 años de servicios se adquiere el derecho a pensión nivelable. Pensión equivalente al 100% de la última remuneración percibida para trabajadores con 30 años de servicio. No asegura una pensión mínima. Las pensiones que se generen a partir del primero de agosto de 2003, tendrán un tope equivalente a una UIT.	El monto de la pensión resulta del promedio de 36, 48 y 60 últimas remuneraciones anteriores al último mes en que cesó. Aumentos según disponibilidad del Tesoro Público. Pensión mínima: S/.415. Tope: S/.857,7 (topes reajustables desde el primero de enero de 1980).
Promedio Pensiones Máximo Mínimo	S/. 1,267 hasta S/. 30,000	S/. 507 S/. 1,200 S/. 415
Pensiones de sobrevivencia	Viudez, orfandad, ascendencia y las hijas solteras mayores de edad hasta 100% de la pensión de cesantía.	Viudez hasta 50, orfandad y ascendientes hasta 20%.

FUENTE: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF).

El cuadro precedente (que refleja la situación de inequidad con anterioridad a la Reforma Constitucional del año 2004), no ha sufrido mayores modificaciones, salvo en el monto promedio de las pensiones de jubilación y los porcentajes que corresponden a los sobrevivientes, los cuales han sido reducidos de acuerdo a los criterios jurisprudenciales contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC.

2.2.5.1.1. Excesivo manejo político en la regulación del Decreto Ley N° 20530

Lamentablemente, la realidad del manejo de la Seguridad Social en materia de Pensiones, nos demuestra que legislativamente hablando, se ha concebido bajo un punto de vista político, respondiendo a los intereses de los grupos de poder predominantes al momento de expedirse las normas sobre Derecho Pensionario.

El fiel reflejo de dicho panorama lo han constituido los dispositivos que regulan el Decreto Ley N° 20530, los cuales se apartaron de los criterios mínimos observados por los demás regímenes previsionales existentes en el país:

- La edad mínima para acceder a la jubilación, y
- El número de años de aportaciones para recibir una pensión a cargo dicho régimen.

En el presente caso, el Estado (bajo el influjo de los bloques económicos que manejaban la economía nacional en esos momentos), dictó normas de Seguridad Social en materia Previsional, que ahondaron aún más las disparidades existentes en los diversos sectores de la población.

Esto se vio patentado en la Cédula Viva, donde las pensiones fueron fijadas tomando en consideración el valor en equivalencia a la remuneración de un trabajador en actividad, lo cual sumado a las nuevas incorporaciones hicieron colapsar dicho régimen, generando una profunda crisis en el aparato presupuestal del país, lo cual generó que el Estado efectúe Reformas Constitucionales a fin de finiquitar esta problemática.

Sin embargo, si estas medidas no atacan los problemas de fondo, que en este caso lo constituyen la disparidad en el tratamiento de los regímenes previsionales que son administrados por el Estado, así como la existencia de un modelo previsional alternativo que no responde al Principio de Solidaridad en materia de Seguridad Social como el tema de las AFP, entonces hablar de la universalidad de la Seguridad Social en el Perú seguirá siendo una utopía⁵⁵.

Por lo tanto, es importante señalar que se deberá observar para efectuar cualquier clase de Reformas Previsionales, el Principio de Libre Configuración de la Ley por el legislador, conforme al cual debe entenderse que es el legislador quien está llamado a definir la política social del Estado Social y Democrático de Derecho.

En esa medida, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Empero, dicha facultad de configuración se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de forma que la voluntad política expresada en la norma debe desarrollarse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales⁵⁶.

⁵⁵ De forma complementaria, es oportuno consultar la siguiente fuente a efectos de comprender el panorama de la protección de la Seguridad Social en el Perú: **DEFENSORIA DEL PUEBLO**. Noveno Informe Anual de la Defensoría del Pueblo. Tarea Asociación Gráfica Educativa. Lima – Perú, 2006. Pág. 224.

⁵⁶ Revisar: **FERRAJOLI, Luigi**. Derechos y Garantías. Ed. Trotta. Madrid – España, 2001. Pág. 45.

Por lo tanto, nuestra propuesta se orienta al manejo responsable de la función legislativa por parte de los denominados “Padres de la Patria”, ya que a ellos la población les ha delegado la capacidad de regular las diversas materias que son parte del quehacer socioeconómico del Perú con la finalidad de darle solución a las innumerables carencias que aquejan a la nación, tal como se observa en el caso de la Seguridad Social (temática fundamental vinculada a la protección social de los trabajadores que, durante un periodo de su vida ha puesto al servicio del país su fuerza de trabajo y, por ende, es justo que el Estado en la etapa posterior al cese laboral les otorgue una prestación económica que garantice la subsistencia de éstos de manera digna en las postrimerías de su vida).

2.2.5.1.2. Carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes

Al efectuar un examen profundo de la legislación previsional (en especial dentro de la regulación de los citados Decretos Leyes), podemos apreciar de forma inequívoca, la carencia de una normativa que responda a las exigencias técnicas para el otorgamiento de las prestaciones pensionarias en nuestro país.

En el desarrollo de la investigación, hemos considerado que los componentes esenciales de esta situación de ausencia o vacío legal, se puede demostrar en base a la observación de los siguientes elementos:

- La inexistencia de criterios supletorios en la legislación nacional, lo cual responde a la poca observancia que el legislador le ha otorgado a la aplicación de los principios rectores de la Seguridad Social, que en su gran mayoría podrían ser verdaderas directrices que respaldarían un adecuado contenido de las normas pensionarias, dotando al Sistema Previsional

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

peruano de un cuerpo legislativo acorde a las necesidades reales del universo de cesantes y jubilados.

- El carácter discriminatorio del Decreto Ley N° 20530, frente al Sistema Previsional de pensiones (SNP), argumentación basada en la diferencia abismal entre lo que percibía un cesante del Decreto Ley N° 19990 y otro del Decreto Ley N° 20530 (tomando en cuenta las pensiones máximas en uno y otro régimen).

Esta discriminación tuvo su basamento teórico en la inobservancia del Principio de Equilibrio Presupuestal en materia pensionaria, que de haber sido debidamente asimilado por la normativa nacional, hubiera evitado el panorama crítico que le ha tocado afrontar a la Seguridad Social en el Perú.

2.2.6. La no existencia de un sistema legal unificado en materia previsional

El derecho fundamental a la pensión, tiene la naturaleza de un derecho social de contenido económico, el cual le impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la procura existencial.

De esta forma, el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas; de ello, se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En esa medida, la unificación de los regímenes previsionales ha sido un postulado aceptado por el Tribunal Constitucional, que en su sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC, admite la necesidad inobjetable de la unificación progresiva de los sistemas previsionales, con la finalidad de subsumir en la Seguridad Social los criterios de progresividad, solidaridad y justicia social, en el otorgamiento de las prestaciones que se otorgan a los cesantes y jubilados del Perú.

Adicionalmente, es pertinente reiterar la posición expresada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que señala que la coexistencia de regímenes especiales se constituye en una fuente de inequidad decisiva, así como en un factor que contribuye a la problemática presupuestal, ya que a dichos regímenes previsionales el Estado sigue destinando considerables recursos y benefician a fracciones relativamente pequeñas de la población⁵⁷.

En consecuencia, nuestra propuesta, más allá de constituir un postulado a ser materia de comprobación, es una acción necesaria de ser implementada en nuestro sistema legal, dado que si no adoptamos una medida de este tipo, no podremos garantizar la viabilidad del Sistema Previsional Público en los próximos años debido a que continuará aumentando el déficit presupuestal del Estado y la inequidad entre los cesantes de uno y otro régimen.

2.2.6.1. Elementos que lo componen

Nuestra tesis pretende demostrar la viabilidad de la unificación de los regímenes previsionales, bajo criterios de eficiencia y simplificación administrativa, con la finalidad de garantizar un sistema previsional público

⁵⁷ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Ob. Cit. Pág. 147 y siguientes.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

dinámico, eficaz, rentable y que responda a las exigencias de la población peruana.

En la actualidad, el análisis de la situación del aparato previsional peruano, nos deja como conclusión básica la ausencia de un sistema previsional unificado, tanto legal como económicamente.

Ello, queda explicado a la luz de los siguientes componentes:

- El inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional, aspecto palpable que queda refrendado de manera indubitable por:
 - La carencia de voluntad legislativa, para estructurar un régimen previsional coherente.
 - La falta de preparación en técnica legislativa⁵⁸.
- La carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema previsional, ya que se trata de una rama jurídica abordada con poca frecuencia tanto en el aspecto legal como doctrinario. En ese contexto, tenemos que dicha fundamentación tiene como amparo:
 - La reciente autonomía del Derecho Previsional.
 - El tratamiento general del tema previsional, tanto en la legislación como en la doctrina.

⁵⁸ Para Javier Clavell Borrás, la técnica legislativa reúne las normas o las pautas para elaborar leyes en el sentido más amplio de la palabra, o sea, con inclusión de las leyes propiamente dichas, los reglamentos, los decretos, las ordenanzas, las resoluciones generales de los órganos administrativos, y las demás disposiciones de este mismo carácter. (En: **CLAVELL BORRÁS, Javier**. Introducción a la Técnica Legislativa. Fundación Banco de Boston. Buenos Aires – Argentina, 1984. Pág. 16).

2.2.6.1.1. El inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional

En relación al particular, es conveniente tomar en consideración que la forma como el legislador nacional ha abordado el tema de la Seguridad Social, ha sido históricamente deficiente.

Esta aseveración queda comprobada, al examinar los elementos que explican esta situación:

- ❖ La carencia de voluntad legislativa para estructurar un régimen previsional coherente, lo cual puede concluirse al hacer una comparación entre lo que señalaba la Constitución de 1979 y lo que establece la Carta Magna de 1993, en cuanto al Derecho a la Seguridad Social.

La primera utilizaba el verbo garantizar, mientras que la actual Constitución utiliza el término reconocer, por lo que la diferencia radica en que, en el primer caso, existía una obligación o compromiso del Estado y en cambio, en el segundo caso, sólo se torna en una aceptación declarativa de la existencia del derecho.

En suma, la Carta Política anterior contenía un marco propicio para el desarrollo de la Seguridad Social peruana donde el Estado debía cumplir el papel de promotor y conductor; lamentablemente, la actual Constitución es opuesta a dicha regulación, ya que el Aparato Estatal no es más que un garante del derecho de los peruanos a la Seguridad Social, lo que le quita rol protagónico en su desarrollo.

Por lo tanto, la Constitución de 1993 solamente reconoce el derecho universal de la persona a la seguridad social, lo que significa que el Estado no se siente comprometido en su implantación; en ese contexto, todo

intento que buscó la estructuración de un sistema previsional coherente no obtuvo resultados alentadores, tanto por el marco constitucional así como por la inacción de la clase política gobernante.

Asimismo, este factor ha estado conectado a los intereses que han motivado la actuación política de los legisladores al momento de regular legalmente las condiciones para ser beneficiario del Decreto Ley N° 20530.

- ❖ La falta de preparación en técnica legislativa, factor que se ve reflejado en la deficiente preparación de las normas que regulan el tema previsional. Esta consecuencia se demuestra fehacientemente, tanto en la elaboración, discusión, formación y contenido regulatorio de nuestro cuerpo normativo nacional, que da como resultado el panorama de crisis del Sistema Previsional Público.

Adicionalmente, dicho punto se ve reflejado en la improvisación de los congresistas al aprobar leyes cuyos textos reflejan otras realidades diferentes a la nuestra o que incurren en graves deficiencias (como por ejemplo, colisionar con las disposiciones constitucionales y, por ende, se tornan en inconstitucionales pero siguen rigiendo debido a que no son afectas a procesos judiciales, para declarar su inaplicabilidad o, de índole constitucional, para declarar su inconstitucionalidad).

2.2.6.1.2. La carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema previsional

El presente elemento es uno de los componentes que han originado la ausencia de un sistema legal previsional coherente, dado que en nuestro país no se han realizado muchos trabajos de investigación en torno a esta problemática, ello debido fundamentalmente a las siguientes causas:

- ❖ La reciente autonomía del Derecho Previsional, rama jurídica que, en sus orígenes ha sido estudiada primero como parte del Derecho Laboral y posteriormente como una división del Derecho a la Seguridad Social (esta última dependencia ha sido la más aceptada, tanto por la doctrina como por las distintas legislaciones que versan sobre la materia en la región).
- ❖ El tratamiento general que ha recibido el Derecho Previsional al ser estudiado y regulado como parte del Derecho Laboral (lo cual es confirmado al revisar la jurisprudencia nacional), lo cual se ve reflejado en la actuación ineficiente de nuestra Administración Pública al resolver las solicitudes que versan sobre materia previsional, sin que los funcionarios competentes cuenten con la debida preparación para ello (especialización en el tema⁵⁹).

2.2.7. La Unificación de los Regímenes Previsionales

Cuando hablamos de la necesidad de lograr la Unificación de los Regímenes Previsionales, es indispensable definir un régimen integral de orden pensional: con carácter universal, que cubra las contingencias mínimas en vejez, invalidez, sobrevivientes, incapacidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; fortaleciendo el aporte estatal en la cofinanciación junto al sistema productivo, mediante un régimen colectivo que tome en cuenta no solo las contingencias sino también las posibilidades de disfrute de un lapso de vida suficiente como contrapartida al esfuerzo vital de varias décadas (equilibrio activo/pasivo, tanto en tiempo como en compensación económica).

Nuestro Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente en su jurisprudencia que el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio – derecho de dignidad,

⁵⁹ **BALLÉN, Rafael**. Derecho del Trabajo Administrativo, Ed. TEMIS, Bogotá, Colombia, 1996. Pág. 126.

es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital, es decir, aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo, no es posible asumir los gastos más elementales en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.

En ese orden de ideas, el Derecho de Pensiones tiene la naturaleza de derecho social de contenido económico. Su cumplimiento le impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para solventar sus necesidades vitales y satisfacer los estándares mínimos de subsistencia.

De otro lado, la Seguridad Social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo, y en la redistribución de recursos con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad.

Complementariamente, debe reconocerse el fuerte contenido axiológico de la Seguridad Social, cuyo principio de solidaridad genera que las partes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de sus pensiones.

Por lo tanto, la Seguridad Social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se efectiviza constitucionalmente en el artículo 10º de la Constitución, al amparo de la doctrina de la contingencia y de la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad que condiciona el

otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de solidaridad, progresividad y universalidad, y fundada en la exigencia de la elevación de la calidad de vida.

En suma, la Seguridad Social es una garantía institucional de indispensable preservación para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal forma que deberá ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

Ahora bien, luego de abordar la importancia de la Seguridad Social, es pertinente manifestar que la Unificación de los Regímenes Previsionales es una propuesta que persigue el perfeccionamiento del Sistema de Pensiones Estatal que tiene como objetivo esencial la conformación de un régimen único de pensiones público, que permita ampliar la cobertura del Sistema de Seguridad Social a mayor cantidad de personas, así como otorgar pensiones más acordes con el costo de vida en el Perú.

2.2.8. La Propuesta de Reforma del Sistema Previsional

Como punto de partida de la formulación de una propuesta de Reforma del Sistema Previsional, podríamos indicar que en América Latina se presenta una gran ola reformista y posteriormente sus experiencias son analizadas con mucho interés en el resto del mundo: las reformas han cobijado principalmente pensiones y salud, pero también en riesgos profesionales y legislación laboral⁶⁰.

La reforma en pensiones muestra varios perfiles dependiendo de la forma de inserción del sector privado. Diferentes regímenes (ahorro individual, reparto

⁶⁰ MESA – LAGO, Carmelo y Fabio Bertranou. Manual de economía de la seguridad social. Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH). Montevideo – Uruguay, 1998. Pág. 22.

simple, reparto simple enmendado, sistemas de cobertura de capitales, sistemas de prima móvil escalonada, sistemas de prima media con prestación definida, sistemas mixtos o de pilares, capitalización colectiva, etc.) se entrecruzan dando origen a los más variados modelos.

A continuación se destacan algunos propuestos por Aichmann⁶¹, sin desconocer otras clasificaciones y la importancia de los sistemas de "reparto simple" o "reparto modificado" en varias de sus formas, de tanta tradición en nuestros países.

Modelos de sistemas de pensiones:

- **Modelo privado sustitutivo:** ejemplo, Chile, Bolivia y México-1997. El Estado es reemplazado por aseguradoras privadas.
- **Modelos paralelos:** ejemplo, Colombia y Perú. Se opta por el sistema estatal o por el privado.
- **Sistemas mixtos:** ejemplo, países europeos, Argentina-1994, Uruguay-1996. Componente estatal complementado por un pilar privado⁶².
- **Reforma del sistema público:** ejemplo, México-1991, Costa Rica-1992, Brasil-2000. Mantienen la estructura estatal de pensiones, aunque más recientemente han entrado en procesos mixtos.

De la revisión de estos modelos, se desprende que existen ventajas y desventajas en cualquiera de los modelos: mayor estabilidad financiera, en los

⁶¹ AICHMANN, B. Seguro de pensiones, sistema de salud, lucha contra la pobreza: Evolución reciente en América Latina. En: Revista "Estudios de Seguridad Social". Buenos Aires – Argentina, 2000. Pág. 46.

⁶² ALONSO, Guillermo. Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90. Miño y Dávila Editores. Madrid – España, 2000. Pág. 27.

privados, estimulan la economía pero no son solidarios, se afectan por fluctuaciones en el mercado de capitales; pareciera recomendable, la mezcla de varios de los sistemas, siendo más atractivo el sistema mixto, repartiendo aún más los riesgos entre ambos sectores; por ende, se observa que en dicho panorama no basta la actuación del mercado.

Por otro lado, es necesario reconocer profundas diferencias en los países de América Latina; Schulthess⁶³ destaca tres factores claves: la estructura poblacional, el grado de desenvolvimiento económico, la edad y nivel de desarrollo de los regímenes previsionales.

En general, antes de las recientes transformaciones del sistema de previsión social en América Latina, todos se regían por el sistema de reparto simple (contrato social de solidaridad intergeneracional, aspecto éste, fundamental para plantear la defensa del régimen de reparto frente a la capitalización)⁶⁴.

Hoy cabría decir, sin embargo, que lo ideal es mantener regímenes de reparto solidario con posibilidad de capitalización colectiva, asimilables éstos, en gran parte a los modelos públicos de fuerte tradición durante el siglo XX.

En los países desarrollados, los sistemas previsionales de reparto empiezan a hacer crisis y a ser reformados, lo cual es explicable por la madurez y antigüedad del modelo (cumplen un ciclo); explicación que no es válida para los países de América Latina, que intenta las mismas reformas pero no por la lógica del sistema sino por razones económicas macro o de incumplimiento en la financiación.

⁶³ **SCHULTHESS, W.E.** La iniciativa de Estocolmo: Un análisis del proceso de reforma en América Latina. En: Revista "Estudios de Seguridad Social". Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). Buenos Aires – Argentina, 2000. Págs. 81-110.

⁶⁴ **RUIZ DURÁN, Clemente.** Sistemas de Seguridad Social en el siglo XXI. Ed. Drama. México D.F., 1997. Pág. 39.

Schultess diferencia esta situación, atribuyéndole la crisis al envejecimiento mayor de la población en Europa y en nuestro caso, a los efectos del pago de la deuda externa.

Mientras que los regímenes europeos maduran, los nuestros no logran pleno desarrollo; ellos se preocupan por ajustar variables de edad mínima de jubilación, cuotas, movimiento de pensiones.

Los nuestros, deben resolver el cumplimiento de los aportes por el Estado y empleadores, resolver problemas de inequidad en la ecuación aportes-beneficios, ganar confianza en el sector público afectado por falsas promesas, realizar estudios actuariales serios y cumplir con las variables definidas en cada caso; garantizar la rentabilidad de los fondos así sean de reparto modificado.

El problema de los pagos de la deuda externa se asocia, además, a graves desajustes macro estructurales de orden económico, que se resuelven echando mano de los recursos de la seguridad social. Así se propone en la nueva reforma colombiana, gracias a las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional⁶⁵; ya antes algo de ello sucedía en la aplicación de la Ley 344 de 1996 de Colombia que afectó tanto los recursos de pensiones como los de salud.

En América Latina, se agregan más argumentos frente a la crisis de su sistema previsional: bajas coberturas (alrededor del 10 % de su población económicamente activa), inequidades entre beneficiarios, en razón de la segmentación, la presencia de varios regímenes especiales de acuerdo con intereses de grupos de trabajadores (militares, docentes, congresistas,

⁶⁵ **República de Colombia – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.** Acuerdo extendido de Colombia con el Fondo Monetario Internacional. Bogotá – Colombia, 1999.

trabajadores de petroleras, etc.) con beneficios adicionales pero en detrimento de la solidaridad, desequilibrio entre aportes y beneficios, problemas regresivos en la redistribución del ingreso, alta evasión, ninguna rentabilidad de los capitales previsionales, altos costos administrativos.

Por lo expuesto, es imprescindible hacer mayor énfasis en coberturas poblacionales independientes del empleo, no hipotecar a las futuras generaciones, mantener la solidaridad intergeneracional, con un ingrediente ético importante allí incluido, mantener los sistemas colectivos, pero garantizando cuentas particulares a los aportantes, y donde el Estado juegue un papel más decisivo, bien sea que se arroge iniciativas neoliberales o sociales, debe ser garante, controlador, financiador, subsidiador, gestor, en diferentes grados⁶⁶.

Cabe mencionar que, si bien es cierto, existe una propuesta legislativa presentada en el Congreso de la República en torno a la creación de un Sistema Integrado de Seguridad Social de Pensiones (Proyecto de Ley N° 1929/2007-CP del 03 de diciembre de 2007 – Colegio de Abogados de Arequipa), dicha iniciativa no toma en consideración que la Reforma del Sistema Previsional debe ser progresiva, así como tampoco resuelve la carencia de normativa previsional que posea criterios claros y equitativos para el otorgamiento de pensiones.

De igual forma, no soluciona la inexistencia de un Ente Rector que tenga a su cargo la Seguridad Social en materia de Pensiones (dado que el Estado debe desempeñar un rol más activo en el tema)⁶⁷, así como también no aborda la problemática del Decreto Ley N° 20530, el cual a pesar de haber sido declarado cerrado por el Tribunal Constitucional seguirá coexistiendo con el

⁶⁶ **MOLINA, Carlos Gerardo.** Gasto público social. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Washington D.C. – Estados Unidos, 2000. Pág. 23.

⁶⁷ **GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo.** La Jubilación en el Perú y España. MN Editores y Servicios Gráficos. Lima – Perú, 2006. Pág. 95.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

Decreto Ley N° 19990, ya que existen cuatro grupos de beneficiarios que aún mantendrán su existencia por varias décadas:

- Primero, los actuales pensionistas del Decreto Ley N° 20530.
- Segundo, los que accederán a la pensión de sobrevivientes al fallecer los actuales pensionistas del Decreto Ley N° 20530.
- Tercero, los trabajadores en actividad que actualmente han sido comprendidos en el Decreto Ley N° 20530, y que en el futuro serán pensionistas de dicho régimen.
- Cuarto, los que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al fallecer estos futuros pensionistas del Decreto Ley N° 20530.

En base a lo analizado en la presente investigación, sugerimos en el caso peruano la siguiente Propuesta de Reforma Previsional:

- En primer término, es indispensable **concluir en el más breve plazo con el proceso de adecuación de los montos de las pensiones de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530** al amparo de la Ley N° 28449.
- En segundo lugar, es imprescindible **unificar la administración de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530** para lo cual debe impulsarse una verdadera transferencia de las competencias que poseen los organismos públicos en materia previsional **a favor de un ente rector que asuma las competencias de las prestaciones de la Seguridad Social en materia previsional, al que proponemos que se denomine Autoridad Nacional de Pensiones**

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

(ANP). Esta propuesta concuerda sustancialmente con la posición esgrimida por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, y la Defensoría del Pueblo, a través de sus Informes Defensoriales N° 085 (abril 2004) y N° 135 (julio 2008).

- Como tercera propuesta, **debe conformarse una Comisión Especial de Reforma del Sistema Previsional**, el cual tendrá como objetivo la construcción de un modelo estatal de pensiones que implique una adecuada fiscalización de los beneficiarios de dichas prestaciones, así como garantice el aumento progresivo de los montos otorgados a los referidos cesantes y/o jubilados (que vaya en proporción con el costo de la subsistencia de éstos, que les permita vivir dignamente sus últimos años).
- En cuarto lugar, la actuación de dicha Comisión dará como resultado **la creación del Régimen Unificado de Pensiones (RUP), que unifique los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530**, en el que deberá imperar como base fundamental el Principio de Solidaridad en materia de Seguridad Social, para lo cual **deberán estandarizarse los criterios para la calificación, el otorgamiento y la determinación de los montos de las pensiones**; en ese contexto, sugerimos estas acciones:
 - ❖ Como primer tema, **la aplicación de las reglas contenidas en el Decreto Ley N° 19990.**
 - ❖ Como segundo aspecto, **la implantación de nuevos topes a las pensiones de los beneficiarios actuales del Decreto Ley N° 20530.**
 - ❖ Como tercera cuestión, **los trabajadores en actividad que se encuentren comprendidos en el Decreto Ley N° 20530 se sujetarán a las reglas que normarán el Régimen Unificado de Pensiones.**

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

La creación de este Régimen Unificado de Pensiones (RUP), se genera con el objetivo de **dar cumplimiento al Fundamento 163 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Acumulado Nº 050 2004-AI/TC**, que considera que dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, **según lo previsto en el artículo 10º de la Constitución.**

- Como quinto punto, con la finalidad de fortalecer dicho Régimen Único, **el Sistema Privado de Pensiones deberá convertirse en un elemento complementario a la prestación básica que deberá estar a cargo del Estado, y en consecuencia se pasará del modelo alternativo a un modelo complementario**, sustentándose las pensiones del RUP en tres pilares:
 - ⊕ El primer pilar, en una prestación mínima otorgada por el ente estatal que hemos propuesto denominar Autoridad Nacional de Pensiones, **solventada por el 60% del aporte obligatorio que actualmente los trabajadores destinan al Sistema Nacional de Pensiones** (pensión mínima).
 - ⊕ El segundo pilar, **solventado con un porcentaje del 40% del aporte obligatorio que actualmente los trabajadores destinan al SNP**, en aplicación del Principio de Solidaridad – aporte que a la fecha es del orden del 13% de su remuneración (pensión solidaria).
 - ⊕ El tercer pilar, de carácter complementario, **sostenido con los aportes de los trabajadores que decidan agregar ese plus para su pensión** (pensión complementaria).
- Como sexta propuesta, **consideramos indispensable que se efectúe un Estudio Financiero Actuarial que determine la situación real de los**

regímenes previsionales públicos que actualmente coexisten en el país, a fin que la reforma planteada se sustente en el pleno conocimiento de la situación real de los Regímenes Pensionarios de los Decretos Leyes Nº 19990 y Nº 20530 **toda vez que a la fecha no se cuenta con investigaciones serias que hayan consolidado la información estadística de dichos regímenes (una de las dificultades que se ha tenido que vencer para recabar información que refleje el panorama real de esta problemática).**

- Nuestra séptima iniciativa se orienta a **la dación de un Código Previsional**, el cual deberá contener **los aspectos sustanciales del Derecho Previsional**, así como **el ejercicio procesal del derecho fundamental a la pensión** (requisitos para acceder a una pensión en el RUP, la entidad competente, las instancias administrativas y el proceso contencioso administrativo en materia previsional). Esta propuesta se sustenta en **la necesidad del tratamiento del Derecho de Pensiones, de forma independiente al Derecho Laboral y al Derecho Constitucional.**
- Finalmente, esta reforma de la legislación previsional significará **modificar la normativa previsional pertinente, con el objeto de adecuar nuestro sistema normativo a las disposiciones contenidas en el Convenio Nº 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a fin de eliminar la disparidad en el universo de pensionistas del país**, tomando en consideración las recomendaciones que han formulado sobre el tema algunas entidades importantes como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Para mayor ilustración de nuestra propuesta, consideramos pertinente poner a consideración la siguiente propuesta legal, que esperamos pueda ser impulsada por nuestra Facultad de Derecho, a efectos que nuestra gloriosa Universidad Nacional Mayor de San Marcos lidere la reforma del sistema

previsional, presentando la iniciativa legislativa en mención de conformidad con el artículo 107º de la Constitución Política del Perú (previa recolección de firmas de ciudadanos que equivalgan al 0.3% de la población electoral nacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11º de la Ley N° 26300).

PROYECTO DE LEY:

LEY DE REFORMA DEL SISTEMA PREVISIONAL NACIONAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El panorama actual de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, es notablemente contradictorio, ya que existen disímiles condiciones para los pensionistas de los regímenes de pensiones administrados por el Estado.

Por un lado, el Decreto Ley N° 20530 (cuya aparición no fue una solución al panorama creado por la Ley de Goces de 1850), representa el Régimen de Pensiones para los Servidores Civiles del Estado, cuyos beneficiarios gozan de pensiones elevadas a comparación de los cesantes de los demás regímenes previsionales, ya que las mismas exceden – en algunos casos – de 01 UIT (equivalente a S/. 3,500.00 Nuevos Soles).

En cambio, su contraparte, el Decreto Ley N° 19990 – Sistema Nacional de Pensiones, que está compuesto por más del 80% del universo de jubilados en el Perú, brinda un beneficio pensionario paupérrimo, que no excede – en el mejor de los casos – un monto relativamente cercano a los S/. 900.00 Nuevos

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

Soles mensuales, monto insuficiente para cubrir las necesidades primarias de dichos pensionistas.

En ese contexto, se observa que dicha disparidad entre lo percibido por un cesante del Sistema Nacional de Pensiones frente a un jubilado de la Cédula Viva, encuentra su justificación en los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes así como en la inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional.

En ese sentido, la problemática que se observa es la notable diferencia de lo percibido por un cesante standard del primer régimen y lo que recibe uno del segundo régimen, y las condiciones críticas de vida de los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones así como el excesivo gasto presupuestal que genera dicha inequidad al Fisco.

Otro aspecto a ser considerado para la construcción de la presente propuesta legal, es la posición de los organismos internacionales que han evaluado el funcionamiento de los sistemas de pensiones a nivel mundial, tales como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL, que en su documento “La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad”, presentado en el XXXI período de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), que se desarrolló en Montevideo - Uruguay, ha señalado que ***“(...) se requiere avanzar hacia la unificación de los sistemas de pensiones ya que la coexistencia de regímenes especiales suele transformarse en una importante fuente de inequidad, así como en una presión financiera adicional, ya que éstos absorben importantes recursos y benefician a fracciones relativamente pequeñas de la población (...).”***

Por otra parte, el Tribunal Constitucional (órgano máximo del control de la constitucionalidad de las leyes en el país), en el Fundamento 163 de su

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

Sentencia recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad – Expediente Acumulado N° 050-2004-AI/TC (de fecha 03 de junio de 2005) ha consagrado el Principio de la Unificación Progresiva de los Regímenes Pensionarios en los siguientes términos: ***“(…) El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva. Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución (…).”***

Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, aunado a la existencia de un modelo alternativo en el que el Sistema Privado de Pensiones (SPP) tiene como base la utilización del método de capitalización individual (el cual es contradictorio con el modelo de reparto que consagra el Sistema Público de Pensiones), avalan la necesidad de practicar una profunda Reforma del Sistema Previsional Peruano, el mismo que en la actualidad fomenta la inequidad entre los pensionistas de los diversos regímenes pensionarios, así como también colisiona con el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual preconiza la universalidad y la solidaridad en materia de seguridad social.

Ante el escenario planteado, es impostergable la adopción de medidas por parte del Estado Peruano a fin de garantizar la sostenibilidad de la Seguridad Social en materia de Pensiones, por lo que es pertinente la aprobación de una norma legal que implemente las siguientes acciones:

- Concluya con el proceso de adecuación de los montos de las pensiones de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, de acuerdo a lo dispuesto por la Reforma Constitucional del año 2004.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- Unifique la administración de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530 bajo la dirección de un Ente Rector que asuma las competencias de las prestaciones de la Seguridad Social en materia previsional, de conformidad con la posición esgrimida por el Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo, a través de sus Informes Defensoriales N° 085 (abril 2004) y N° 135 (julio 2008).
- Conforme una Comisión Especial de Reforma del Sistema Previsional, el cual tendrá como objetivo la creación de un Régimen Unificado de Pensiones (RUP), que unifique los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530 y elabore un Proyecto de Código Previsional (lo cual se sustenta en la necesidad del tratamiento del Derecho de Pensiones, de forma independiente al Derecho Laboral y al Derecho Constitucional).
- Disponga la realización de un Estudio Financiero Actuarial que determine la situación real de los regímenes previsionales públicos que actualmente coexisten en el país, a fin que la reforma planteada se sustente en el pleno conocimiento de la situación real de los Regímenes Pensionarios de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530
- Adecuar nuestro sistema normativo a las disposiciones contenidas en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a fin de eliminar la disparidad en el universo de pensionistas del país, tomando en consideración las recomendaciones que han formulado sobre el tema algunas entidades importantes como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta normativa tendrá como efecto de su vigencia la Reforma del Sistema Previsional Nacional, en la cual se comprenderá a los trabajadores en actividad y pensionistas de los actuales Regímenes Previsionales del Decreto Ley N° 19990, del Decreto Ley N° 20530 y del Sistema Privado de Pensiones (regulado por el TUO de la Ley del SPP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF), así como a los demás beneficiarios de dichos regímenes previsionales.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La aprobación de la presente iniciativa legislativa no implicará gasto alguno para el Tesoro Público. Su formulación tiene como finalidad generar los siguientes resultados favorables en el manejo del tema previsional:

1. Velar por el cumplimiento de la normativa constitucional, a través del acceso irrestricto de la totalidad de trabajadores a la Seguridad Social en materia de Pensiones, bajo condiciones claras y equitativas que garanticen la subsistencia digna de éstos en la etapa posterior a la jubilación.
2. Eliminar de nuestro sistema legal toda disposición que colisione con el Convenio N° 102 de la OIT, así como la reducción progresiva de la disparidad de los montos percibidos por los pensionistas de los diferentes regímenes previsionales.
3. Garantizar la sostenibilidad del Sistema Previsional Peruano a lo largo del tiempo, a través de un manejo más eficiente del tema pensionario llevado a cabo por un Ente Rector que se encargue no solamente del reconocimiento,

la calificación, la declaración y el otorgamiento de las prestaciones en virtud al derecho de pensiones, sino también que formule políticas y/o elabore instrumentos de gestión que permitan que el Estado ejerza con eficiencia su labor de garante del acceso a la Seguridad Social en materia previsional.

FÓRMULA LEGAL

LEY Nº -----

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República
ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE REFORMA DEL SISTEMA PREVISIONAL NACIONAL

Artículo 1º.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto la adopción de medidas legales destinadas a realizar la Reforma del Sistema Previsional Nacional.

Artículo 2º.- Ámbito de su aplicación

Quedan comprendidos en la presente Ley, los trabajadores en actividad comprendidos en los actuales Regímenes Previsionales del Decreto Ley Nº

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

19990, del Decreto Ley N° 20530 y del Sistema Privado de Pensiones (regulado por el TUO de la Ley del SPP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF), los actuales pensionistas de estos regímenes así como los futuros pensionistas sobrevivientes a éstos.

Artículo 3º.- Creación de la Autoridad Nacional de Pensiones

Créase la Autoridad Nacional de Pensiones (ANP), como Ente Rector de la Seguridad Social en materia de Pensiones, el cual tendrá como función principal la administración de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, asumiendo para ello las competencias de las prestaciones de la Seguridad Social en materia previsional, que actualmente se encuentren a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o de cualquier otra entidad del Gobierno Nacional, Local o Regional.

Las funciones específicas de la Autoridad Nacional de Pensiones, su estructura orgánica, así como los demás aspectos relacionados a su actuación como ente estatal, serán desarrollados en su Ley respectiva, la cual será dictada en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley.

Artículo 4º.- Constitución de la Comisión de Reforma del Sistema Previsional Nacional

Constitúyase la Comisión Especial de Reforma del Sistema Previsional Nacional, la cual se encargará de elaborar y proponer las medidas legales pertinentes para:

- a) La conclusión del proceso de ajuste de los montos de las pensiones de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 28449;
- b) La creación de un Régimen Unificado de Pensiones (RUP), que unifique los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530

- b) La dación de un Código Previsional (lo cual se sustenta en la necesidad del tratamiento del Derecho de Pensiones, de forma independiente al Derecho Laboral y al Derecho Constitucional);
- c) La adecuación del Sistema Previsional Peruano a las disposiciones contenidas en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y por ende, la adopción de un modelo complementario que sustituya al modelo alternativo que instituyó el Sistema Privado de Pensiones;
- d) La realización de un Estudio Financiero Actuarial que determine la situación real de los regímenes previsionales públicos que actualmente coexisten en el país, a fin que la reforma planteada se sustente en el pleno conocimiento de la situación real de los Regímenes Pensionarios de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Artículo 4º.- Conformación

La Comisión Especial constituida por la presente Ley, estará integrada por:

- a) El Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo o su representante, quien la presidirá;
- b) El Ministro de Economía y Finanzas o su representante;
- c) El Jefe de la Autoridad Nacional de Pensiones o su representante;
- d) El Superintendente de Banca, Seguros y AFP o su representante;
- e) Tres destacados juristas designados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo;

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

f) Dos (02) representantes de organizaciones representativas de cesantes y/o jubilados del país.

g) Un (01) representante de la Sociedad Civil.

Artículo 5º.- Plazo de la Comisión

La Comisión Especial tiene como plazo ciento ochenta (180) días calendario, desde su instalación, para culminar con las labores encomendadas en el artículo 3º de la presente Ley.

Artículo 6º.- Secretaría Técnica

La Secretaría Técnica estará a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Artículo 7º.- Vigencia

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los ocho días del mes de julio de dos mil ocho.

LUIS GONZALES POSADA EYZAGUIRRE

Presidente del Congreso de la República

ALDO ESTRADA CHOQUE

Primer Vicepresidente del Congreso
de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL
DE LA REPÚBLICA

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los nueve días del mes de julio del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ

Presidente del Consejo de Ministros

CAPITULO III

DISEÑO DEL METODO, HIPOTESIS, VARIABLES Y PROCESO DE OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS

En este capítulo realizaremos la Operacionalización de la Hipótesis, que es presentada a través de cuadros que demuestran las variables y sus indicadores e índices que permiten comprobar la factibilidad de la presente investigación.

La operacionalización de la hipótesis consiste en la selección de elementos que nos permiten obtener respuestas que expliquen el comportamiento de las variables. Dichos elementos que nos permiten medir prácticamente el comportamiento de las variables son los denominados indicadores, los cuales son validados a través de los índices.

3.1. Diseño del Método

El tipo de método que se ha utilizado para obtener la información necesaria que va a permitir verificar la hipótesis planteada en esta investigación y proponer soluciones al respecto, es el “explicativo – descriptivo”.

A través del análisis de documentos, textos, cuadros y estadísticas se ha contribuido a verificar las hipótesis.

3.2. Universo y Muestra

El Universo es la totalidad del fenómeno a estudiar⁶⁸. La muestra es una porción del total, una población determinada o representativa, que nos representa la conducta del universo en su conjunto a través de la cual se trata de obtener conclusiones generales acerca de algo.

La muestra descansa en el principio de que las partes representan al todo⁶⁹.

3.2.1. Universo

⊕ Pensionistas del Perú.

3.2.2. Muestra

⊕ Pensionistas del Decreto Ley N° 19990 y del Decreto Ley N° 20530

3.3. Hipótesis

La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional y los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes generan la disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

⁶⁸ Revisar: **HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto**. Metodología de la Investigación. Edit. Mac Graw Hill. Bogotá – Colombia, 1997. Pág. 209.

⁶⁹ Confróntese: **TAFUR, Raúl**. La Tesis Universitaria. Edit. Mantaro. Lima- Perú, 1995. Pág. 26.

3.4. Variables

3.4.1. Variables Independientes

- ⊕ La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional.
- ⊕ Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes.

3.4.2. Variable Dependiente

- ⊕ La disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

3.5. Operacionalización de Hipótesis

En este punto se presentan los indicadores (elementos, cualidades, características) de cada una de las variables independientes y de la variable dependiente, con la finalidad de comprobar la siguiente hipótesis:

HIPÓTESIS

La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional y los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes generan la disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

3.5.1. Variables Independientes: Indicadores e Índices

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	ÍNDICES
La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional.	Inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional.	Carencia de la voluntad legislativa para estructurar un régimen previsional coherente.
		Falta de preparación en técnica legislativa.
	Carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema.	Reciente autonomía del derecho previsional.
		Tratamiento general del tema previsional tanto en la legislación como en la doctrina.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

VARIABLES INDEPENDIENTE	INDICADORES	ÍNDICES
Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes.	Excesivo manejo político en la regulación del Decreto Ley N° 20530.	Dación de normas que favorecieron a un reducido grupo de servidores del Estado.
		Ingreso al Régimen, mediante aperturas temporales del mismo.
	Carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes.	Inexistencia de criterios supletorios en la legislación nacional.
		Carácter discriminatorio del Decreto Ley N° 20530, frente a los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones.

3.5.2. Variable Dependiente: Indicadores e Índices

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	ÍNDICES
La disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.	Ínfimas condiciones de vida de los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.	Desprotección social de los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones.
		Disminución de los aportes a la Seguridad Social.
	Excesivo gasto presupuestal para el Estado Peruano.	Déficit fiscal. Inadecuado manejo de las finanzas públicas destinadas al tema previsional.

CAPITULO IV

VERIFICACION DE LA HIPOTESIS Y ANALISIS DE RESULTADOS

Las hipótesis se someten a prueba en la realidad mediante la aplicación de un diseño de investigación, recolectando datos y analizándolos e interpretándolos.

Como señalan los expertos en metodología, las hipótesis constituyen instrumentos muy poderosos para el avance del conocimiento, puesto que aunque sean formulados por el hombre, éstas pueden ser sometidas a prueba y demostrarse como correctas o incorrectas, sin que interfieran las valoraciones y las creencias del individuo. En ese sentido, las hipótesis son las guías de una investigación; el formularlas nos ayuda a saber lo que estamos tratando de buscar y de probar.

La hipótesis a verificar en la presente investigación es la siguiente:

LA INEXISTENCIA DE UN SISTEMA LEGAL UNIFICADO EN MATERIA PREVISIONAL Y LOS AMBIGUOS E INEQUITATIVOS CRITERIOS PARA FIJAR LAS PENSIONES EN DICHOS REGÍMENES GENERAN LA DISPARIDAD DE LA PENSIÓN PERCIBIDA POR UN CESANTE DEL DECRETO LEY Nº 20530 FRENTE A UNO DEL DECRETO LEY Nº 19990.

Como se observa, esta hipótesis tiene las siguientes variables:

Variables Independientes:

⊕ Variable Independiente 1:

La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional.

⊕ Variable Independiente 2:

Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes.

Variable Dependiente:

⊕ La disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

En ese sentido, procedemos a verificar la hipótesis planteada en la presente investigación uniendo la variable independiente 1 con la variable dependiente y luego, la variable independiente 2 con la variable dependiente, con la finalidad de demostrar que cada una de las variables independientes inciden, en este caso, de manera negativa sobre la variable dependiente.

Así tenemos los siguientes cuadros de elaboración propia:

4.1. La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional genera la disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990.

La presente variable queda demostrada al verificar lo siguiente:

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- La normativa que regula el tema se encuentra dispersa.

RÉGIMEN PREVISIONAL	NORMAS PRINCIPALES	NORMAS CONEXAS	PROLIFERACIÓN DE NORMAS
Sistema Nacional de Pensiones	D. L. N° 19990 y su Reglamento	D. Ley N° 19479, Ley N° 23908, Ley N° 24827, D. Ley N° 25967	SI
Servidores Civiles del Estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990– Cédula Viva	D. L. N° 20530 y su Reglamento	Ley N° 23329, Ley 23495, Ley N° 24156, Ley N° 24366, Ley N° 25008, Ley N° 25066, Ley N° 25273, Ley N° 25219, Ley N° 25388, Decreto Legislativo N° 817, Ley N° 27617	SI
Sistema Privado de Pensiones	TUO de la Ley de las AFP'S y su Reglamento	Ley N° 28991	NO
Sistema de Pensiones Militar y Policial	D. Ley N° 19846 y su Reglamento	D. Ley N° 21021 y su Reglamento	NO

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- A diferencia de otras ramas del derecho nacional, no existe un cuerpo legal que codifique los derechos y los procedimientos en materia previsional.

RAMA DEL DERECHO	CUERPO LEGAL CODIFICADOR	ASPECTO SUSTANCIAL	ASPECTO PROCESAL
Derecho Civil	SI	Código Civil	Código Procesal Civil
Derecho Penal	SI	Código Penal	Código Procesal Penal
Derecho Administrativo	SI	Ley del Procedimiento Administrativo General	Ley del Proceso Contencioso Administrativo
Derecho Constitucional	SI	Constitución Política	Código Procesal Constitucional
Derecho Previsional	NO	Leyes de Regímenes Especiales	No existe mayor regulación que la regulada en las Leyes de dichos regímenes

- La dación de normas que intentaron resolver el problema pero que nunca solucionaron el tema, ya que no observaron criterios mínimos en su construcción (técnica legislativa).

NORMA	FECHA DE PUBLICACIÓN	MEDIDA AFECTATIVA	RESULTADO DE LA MEDIDA
Decreto Ley N° 25967	12 de diciembre de 1992	Demanda de Inconstitucionalidad	Fundada en Parte
Decreto Legislativo N° 817	23 de abril de 1996	Demanda de Inconstitucionalidad	Fundada en Parte
Ley N° 26835	04 de julio de 1997	Demanda de Inconstitucionalidad	Fundada en Parte
Ley N° 27617	08 de enero de 2002	Demanda de Inconstitucionalidad	Fundada en Parte

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- La carencia de un Ente Rector que coordine la Seguridad Social en materia previsional.

PAIS	SISTEMA	EXISTENCIA DE ORGANISMO COORDINADOR EN EL MANEJO PREVISIONAL	ENTE RECTOR COORDINADOR
ARGENTINA	Público o Mixto	SI	Administradora Nacional de Seguridad Social / Superintendencia de las AFJP
BOLIVIA	Privado	SI	Superintendencia de AFP
BULGARIA	Privado	SI	Agencia Gubernamental Supervisora de Seguros
CHILE	Privado	SI	Superintendencia de AFP
COLOMBIA	Público o Privado	SI	Instituto de Seguros Sociales/ Superintendencia Bancaria-Valores
COSTA RICA	Público o Mixto	SI	Caja Costarricense de la Seguridad Social
EL SALVADOR	Privado	SI	Superintendencia de AFP
MÉXICO	Privado	SI	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para Retiro – AFORE
URUGUAY	Público o Mixto	SI	Banco de Previsión Social / Banco Central de Uruguay
PERÚ	Público o Privado	NO	ONP o Entidades de la Administración Pública / Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

4.2. Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones del Decreto Ley N° 20530 y Decreto Ley N° 19990, generan la disparidad de la pensión percibida por los cesantes de dichos regímenes.

Esta variable queda constatada al evaluar las siguientes circunstancias:

- La no existencia de una norma legal que establezca criterios claros y equitativos para que el Estado otorgue pensiones en estos regímenes.

NORMA	RELACION ENTRE EDAD Y ACCESO AL RÉGIMEN	RELACION ENTRE LOS FONDOS PRESUPUESTALES Y EL MONTO DE LAS PENSIONES	LEYES ESPECIALES PARA ACCEDER AL RÉGIMEN
Decreto Ley N° 19990	Existe	Existe	No existe
Decreto Ley N° 20530	No existe e incluso los magistrados acceden a los 10 años de aportaciones	No existe porque las aportaciones no cubren en real proporción a dichos montos	Existen diversas normas que facilitaron el acceso al régimen

- Los requisitos que exigió una y otra norma son disímiles.

NORMA	EDAD PARA JUBILACIÓN	TIEMPO DE SERVICIOS	TIEMPO DE APORTACIONES
Decreto Ley N° 19990	Sí se considera la edad	Tiene relación con el tiempo de aportaciones	Debe ser 20 años como mínimo
Decreto Ley N° 20530	No interesa la edad	No tiene relación con las aportaciones, y se suma como tiempo adicional los 4 años de formación profesional de acuerdo a la Ley N° 24156	Solamente se exige 15 años a los varones y 12.5 a las mujeres, y a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público se les ha pedido 10 años

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- Manejo político en la regulación del Decreto Ley N° 20530.

NORMA	FECHA	MOTIVO DE SU DACIÓN	SITUACIÓN
Ley N° 23329	03 de diciembre de 1981	Incorpora a los servidores que habían ingresado antes del 11 de julio de 1962 a la Administración Pública, así como a los que tenían reclamaciones para su reincorporación pendientes	DEROGADA
Ley N° 23495	20 de noviembre de 1982	Nivelación con los haberes de los servidores en actividad de cada categoría	DEROGADA
Ley N° 23627	15 de junio de 1983	Incluyen al personal de la FAP regido por el Decreto Ley N° 21792	VIGENTE
Ley N° 24156	08 de junio de 1985	Se agrega 04 años al tiempo de servicios por formación profesional	DEROGADA
Ley N° 24366	22 de noviembre de 1985	Considera dentro del régimen a los funcionarios o servidores que contaban con 07 años ó más de servicios	VIGENTE
Ley N° 25008	25 de enero de 1989	Establece que la pensión de sobrevivientes es del orden del 100% de la pensión del causante	DEROGADA

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

NORMA	FECHA	MOTIVO DE SU DACIÓN	SITUACION
Ley N° 25066	23 de junio de 1989	Incluye a los nombrados y contratados bajo los regímenes laborales del Decreto Ley N° 11377 y el Decreto Legislativo N° 276	VIGENTE
Ley N° 25146	20 de diciembre de 1989	Restituye en el régimen a los trabajadores del Banco de la Nación que pertenecían al mismo a la fecha de promulgación del Decreto Legislativo N° 339	VIGENTE
Ley N° 25212	20 de mayo de 1990	Incorpora a los maestros que habían ingresado al magisterio hasta el 31 de diciembre de 1990	VIGENTE
Ley N° 25219	31 de mayo de 1990	Considera en el Decreto Ley N° 20530 a los trabajadores del Complejo Petrolero que fueron asimilados a PETROPERÚ hasta el 11 de julio de 1962	VIGENTE
Ley N° 25273	17 de junio de 1990	Reincorporan a los servidores que ingresaron al Sector Público bajo el Decreto Ley N° 11377 antes del 12 de julio de 1962	VIGENTE
TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial	02 de junio de 1993	Incorpora a los magistrados del Poder Judicial (y por ende a los del Ministerio Público)	VIGENTE

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

- La colisión entre el Convenio 102 de la OIT y el desarrollo legislativo de la normativa constitucional en materia de Seguridad Social.

NORMA ANALIZADA	MATERIA EN DEBATE	CONVENIO 102 OIT	REALIDAD INTERNA	EXISTE COLISIÓN
Decreto Ley N° 19990	Monto de las prestaciones de jubilación y sobreviviente	Las prestaciones deberán cubrir de forma igual, como mínimo, los ingresos del beneficiario o del sostén de la familia	En el caso peruano son insuficientes, e incluso un gran sector de dichas prestaciones se encuentran por debajo de la RMV	SI
Decreto Ley N° 19990	Revisión de los montos de las pensiones según las variaciones sensibles del costo de vida	Los pagos periódicos para la vejez, la invalidez y la muerte del sostén de familia, serán revisados considerando las variaciones sensibles del costo de vida – artículo 66º	En este régimen, los incrementos de las pensiones son paupérrimos, situación que afecta la propia subsistencia de los cesantes del Decreto Ley N° 19990	SI
Decreto Ley N° 20530	Edad para jubilarse	La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita (65 años) – artículo 26º	No existe edad para jubilarse, a diferencia del Decreto Ley N° 19990	SI
Decreto Ley N° 20530	Tiempo de cotización	La prestación periódica se garantizará a las personas que hayan cumplido, antes de la contingencia, un período de treinta (30) años de cotización o de empleo – artículo 29º	En el caso de la Cédula Viva solamente se exige 15 años a los varones y 12.5 años a las mujeres – artículo 4º	SI

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

NORMA ANALIZADA	MATERIA EN DEBATE	CONVENIO 102 OIT	REALIDAD INTERNA	EXISTE COLISIÓN
Decreto Ley Nº 20530	Jubilación anticipada	Se garantizará una prestación reducida a las personas que hayan cumplido, antes de la contingencia, un período de quince (15) años de cotización o de empleo – artículo 29º	En el caso del citado dispositivo, solamente se accede por única vez a una Compensación (lo cual excluye al derecho a una pensión) – artículo 37º	SI
Decreto Ley Nº 20530	Equilibrio Presupuestal en materia pensionaria	El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio, y deberá garantizar que los estudios actuariales relativos al equilibrio se establezcan periódicamente – artículo 71º	A pesar que el Tribunal Constitucional ha consagrado el Equilibrio Presupuestal en materia pensionaria, el Decreto Ley Nº 20530 no cuenta con fondos que avalen el pago de sus pensiones, lo cual genera que el Estado subsidie dicho régimen y, por ende, se produzca una crisis permanente del Tesoro Público	SI

Como se ha demostrado en la verificación de la hipótesis, las variables independientes (la inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional y los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes), han incidido negativamente en la variable dependiente, esto es, la disparidad de la pensión percibida por los cesantes de dichos regímenes,

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

lo cual se ha visto reflejado en las ínfimas condiciones de vida de los pensionistas del Decreto Ley N° 19990 y en el excesivo gasto presupuestal para el Estado Peruano:

GASTO PRESUPUESTAL EN MATERIA PREVISIONAL: AÑOS 2004 – 2007

AÑO	D.L. N° 19990	D.L. N° 20530
2004	3,068'754,523	3,961'902,058
2005	3,445'002,339	4,293'341,345
2006	3,523'418,639	4,340'493,448
2007	3,576'409,837	4,307'170,565

FUENTE: MEF – ONP. Elaboración Propia.

En el presente cuadro, se ilustra el gasto que efectúa el Estado Peruano, con la finalidad de poder pagar las pensiones de los cesantes de ambos regímenes, en el que se observa que el desembolso gubernamental para el Régimen del Decreto Ley N° 19990 es menor al del Régimen del Decreto Ley N° 20530, a pesar que este régimen previsional posee un número mayor de pensionistas.

RESERVA ACTUARIAL A DICIEMBRE DEL AÑO 2007 (EN MILLONES DE DÓLARES)

RUBRO	D.L. N° 19990	D.L. N° 20530
PENSIONISTAS	10,606	22,083
ACTIVOS	9,958	2,333
TOTAL	20,564	24,415
INCLUYENDO CONTINGENCIAS	21,045	24,415

FUENTE: MEF – ONP. Elaboración Propia.

Por otro lado, se observa que las reservas actuariales del Decreto Ley N° 20530 al mes de diciembre de 2007 son superiores a las del Decreto Ley N° 19990 en una cifra cercana a los S/. 9,000 Millones de Nuevos Soles, lo cual reafirma que la previsión estatal para afrontar los gastos que irroga el primer régimen es superior a la del segundo régimen.

SUBSIDIO ESTATAL PARA LA ATENCIÓN DE PENSIONES (EN RELACIÓN AL CAPITAL REQUERIDO PER CÁPITA)

RUBRO	D.L. N° 19990	D.L. N° 20530
SUBSIDIO ESTATAL PARA EL PAGO DE LAS PENSIONES	58%	85%

FUENTE: MEF – ONP. Elaboración Propia.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

Luego de analizar las cifras precedentes, puede observarse que el gasto presupuestal es elevado en relación al Decreto Ley N° 20530, frente a lo que se desembolsa para cubrir la planilla del Decreto Ley N° 20530, ello debido a la disparidad de la pensión percibida por un cesante del primer régimen pensionario frente a lo que recibe uno del segundo.

PROMEDIO DE PENSIONES (EN NUEVOS SOLES)

AÑO	D.L. N° 19990	D.L. N° 20530
ENERO 2004 (ANTES DE LA REFORMA)	519.50	1,267.00
DICIEMBRE 2007 (DESPUÉS DE LA REFORMA)	547.20	1,348.00

FUENTE: MEF – ONP. Elaboración Propia.

Estos datos avalan nuestra posición en el sentido que la Reforma Constitucional no ha dado solución a la problemática existente entre ambos regímenes, ya que se observa que el promedio de las pensiones del Decreto Ley N° 19990 sigue siendo paupérrimo en comparación con lo que el Estado le abona a un cesante del Decreto Ley N° 20530.

NÚMERO DE PENSIONISTAS DE CADA RÉGIMEN PREVISIONAL

AÑO	D.L. N° 19990	D.L. N° 20530
ENERO 2004 (ANTES DE LA REFORMA)	408,169	295,563
DICIEMBRE 2007 (DESPUÉS DE LA REFORMA)	457,603	238,169

FUENTE: MEF – ONP. Elaboración Propia.

La Unificación de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530

En el último cuadro, se patentiza que existe una total desproporción entre el gasto que le irroga al Estado el Decreto Ley N° 20530 frente a lo que le cuesta solventar el pago de pensiones en el Decreto Ley N° 19990, a pesar que la Cédula Viva tiene un número menor de beneficiarios frente a los del Sistema Nacional de Pensiones.

Por lo tanto, ante esta problemática se propone la unificación de los regímenes previsionales de la siguiente manera:

- En primer término, es indispensable **CONCLUIR EN EL MÁS BREVE PLAZO CON EL PROCESO DE ADECUACIÓN DE LOS MONTOS DE LAS PENSIONES DE LOS BENEFICIARIOS DEL DECRETO LEY N° 20530**, según los topes establecidos al amparo de la Ley N° 28449.
- En segundo lugar, **UNIFICAR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS REGÍMENES PREVISIONALES DE LOS DECRETOS LEYES N° 19990 Y N° 20530**, para lo cual debe impulsarse una verdadera transferencia de las competencias que poseen los organismos públicos en materia previsional **A FAVOR DE UN ENTE RECTOR QUE ASUMA LAS COMPETENCIAS DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA PREVISIONAL, AL QUE PROPONEMOS QUE SE DENOMINE AUTORIDAD NACIONAL DE PENSIONES (ANP).**
- Como tercera propuesta, **DEBE CONFORMARSE UNA COMISIÓN ESPECIAL DE REFORMA DEL SISTEMA PREVISIONAL**, el cual tendrá como objetivo la construcción de un modelo estatal de pensiones que implique una adecuada fiscalización de los beneficiarios de dichas prestaciones, así como garantice el aumento progresivo de los montos otorgados a los referidos cesantes y/o jubilados (que vaya en proporción con el costo de la subsistencia de éstos, que les permita vivir dignamente sus últimos años).

- En cuarto lugar, la actuación de dicha Comisión tendrá como finalidad la de **CREAR UN RÉGIMEN UNIFICADO DE PENSIONES (RUP), QUE UNIFIQUE LOS REGÍMENES PREVISIONALES DE LOS DECRETOS LEYES Nº 19990 Y Nº 20530** en el que imperará el Principio de Solidaridad en materia de Seguridad Social, para lo cual deberán estandarizarse los criterios para la calificación, el otorgamiento y la determinación de los montos de las pensiones, por lo que sugerimos estas acciones:
 - ❖ Como primer tema, la aplicación de las reglas contenidas en el Decreto Ley Nº 19990.
 - ❖ Como segundo aspecto, la implantación de nuevos topes a las pensiones de los beneficiarios actuales del Decreto Ley Nº 20530.
 - ❖ Como tercera cuestión, los trabajadores en actividad que se encuentren comprendidos en el Decreto Ley Nº 20530 se sujetarán a las reglas que normarán el Régimen Unificado de Pensiones.
- Como quinto punto, con la finalidad de fortalecer dicho Régimen Único, **EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES DEBERÁ CONVERTIRSE EN UN ELEMENTO COMPLEMENTARIO A LA PRESTACIÓN BÁSICA QUE OTORGUE EL ESTADO**, y en consecuencia se deberá pasar de un modelo alternativo a un modelo complementario previsional.
- Como sexta propuesta, consideramos indispensable que **SE EFECTÚE UN ESTUDIO FINANCIERO ACTUARIAL QUE DETERMINE LA SITUACIÓN REAL DE LOS REGÍMENES PREVISIONALES PÚBLICOS QUE ACTUALMENTE COEXISTEN EN EL PAÍS**, a fin que la reforma planteada se sustente en el pleno conocimiento de la situación real de los Regímenes Pensionarios de los Decretos Leyes Nº 19990 y Nº 20530.

- Nuestra séptima iniciativa se orienta a **LA DACIÓN DE UN CÓDIGO PREVISIONAL**, el cual deberá contener los aspectos sustanciales del Derecho Previsional, así como el ejercicio procesal del derecho fundamental a la pensión (requisitos para acceder a una pensión en el RUP, la entidad competente, las instancias administrativas y el proceso contencioso administrativo en materia previsional).
- Finalmente, esta reforma de la legislación previsional significará **MODIFICAR LA NORMATIVA PREVISIONAL PERTINENTE, CON EL OBJETIVO DE ADECUAR NUESTRO SISTEMA NORMATIVO A LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CONVENIO N° 102 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)**.

CONCLUSIONES

- ✓ La Inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional genera disparidad de la pensión percibida por un cesante del Decreto Ley N° 20530 frente a uno del Decreto Ley N° 19990, puesto que por un lado, la carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema se debe a la reciente autonomía del derecho previsional y al tratamiento general del tema previsional tanto en la legislación como en la doctrina; y por otro lado, existe un inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional debido a la carencia de la voluntad legislativa para estructurar un régimen previsional coherente y a la falta de preparación en técnica legislativa.
- ✓ Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en los regímenes del Decreto Ley N° 20530 y Decreto Ley N° 19990 genera disparidad de la pensión percibida por los cesante de cada uno de los regímenes mencionados, puesto que existe un excesivo manejo político en la regulación del Decreto Ley N° 20530 ocasionado por la dación de normas que favorecieron a un reducido grupo de servidores del Estado y el ingreso al Régimen, mediante aperturas temporales del mismo, así como también por la carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes que se debe a la inexistencia de criterios supletorios en la legislación nacional y al carácter discriminatorio del Decreto Ley N° 20530, frente a los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones.
- ✓ Dicha disparidad trae como consecuencia, en primer término, las ínfimas condiciones de vida que deben afrontar un gran número de jubilados del Decreto Ley N° 19990 y, en segundo lugar, un excesivo gasto presupuestal para el Estado Peruano debido a la coexistencia de regímenes previsionales que generan desigualdad en el universo de pensionistas del

país (tal como es el caso del Decreto Ley N° 20530), aspecto criticado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ente rector de la actividad laboral a nivel mundial.

- ✓ Ante dicha problemática se plantea crear un Régimen Unificado de Pensiones (RUP), que unifique los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, en el que deberá imperar el Principio de Solidaridad en materia de Seguridad Social, para lo cual deberán estandarizarse los criterios para la calificación, el otorgamiento y la determinación de los montos de las pensiones, lo que significará una solución progresiva e integral al panorama crítico que afronta el Sistema Previsional Peruano.

RECOMENDACIONES

- En primer término, es indispensable concluir en el más breve plazo con el proceso de adecuación de los montos de las pensiones de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530, según los topes establecidos al amparo de la Ley N° 28449.
- En segundo lugar, unificar la administración de los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, para lo cual debe impulsarse una verdadera transferencia de las competencias que poseen los organismos públicos en materia previsional a favor de un ente rector que asuma las competencias de las prestaciones de la Seguridad Social en materia Previsional, al que proponemos que se denomine Autoridad Nacional de Pensiones (ANP).
- Como tercera propuesta, debe conformarse una Comisión Especial de Reforma del Sistema Previsional, el cual tendrá como objetivo la construcción de un modelo estatal de pensiones que implique una adecuada fiscalización de los beneficiarios de dichas prestaciones, así como garantice el aumento progresivo de los montos otorgados a los referidos cesantes y/o jubilados (que vaya en proporción con el costo de la subsistencia de éstos, que les permita vivir dignamente sus últimos años).
- En cuarto lugar, la actuación de dicha Comisión tendrá como finalidad la de crear un Régimen Unificado de Pensiones (RUP), que unifique los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, en el que imperará el Principio de Solidaridad en materia de Seguridad Social, para lo cual deberán estandarizarse los criterios para la calificación, el otorgamiento y la determinación de los montos de las pensiones, por lo que sugerimos estas acciones:

- ❖ Como primer tema, la aplicación de las reglas contenidas en el Decreto Ley N° 19990.
- ❖ Como segundo aspecto, la implantación de nuevos topes a las pensiones de los beneficiarios actuales del Decreto Ley N° 20530.
- ❖ Como tercera cuestión, los trabajadores en actividad que se encuentren comprendidos en el Decreto Ley N° 20530 se sujetarán a las reglas que normarán el Régimen Unificado de Pensiones.
- Como quinto punto, con la finalidad de fortalecer dicho Régimen Único, el Sistema Privado de Pensiones deberá convertirse en un elemento complementario a la prestación básica que otorgue el Estado, y en consecuencia, se deberá pasar de un modelo alternativo a un modelo complementario previsional.
- Como sexta propuesta, consideramos indispensable que se efectúe un Estudio Financiero Actuarial que determine la situación real de los Regímenes Previsionales Públicos que actualmente coexisten en el país, a fin que la reforma planteada se sustente en el pleno conocimiento de la situación real de los Regímenes Pensionarios de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.
- Nuestra séptima iniciativa se orienta a la dación de un Código Previsional, el cual deberá contener los aspectos sustanciales del Derecho Previsional, así como el ejercicio procesal del derecho fundamental a la pensión (requisitos para acceder a una pensión en el RUP, la entidad competente, las instancias administrativas y el proceso contencioso administrativo en materia previsional).
- Finalmente, esta reforma de la legislación previsional significará modificar la normativa previsional pertinente, con el objetivo de adecuar nuestro sistema normativo a las disposiciones contenidas en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ **AICHMANN, B.** Seguro de pensiones, sistema de salud y lucha contra la pobreza: Evolución reciente en América Latina. En: Revista “Estudios de Seguridad Social”. Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). Buenos Aires – Argentina, 2000.
- ❖ **ALONSO, Guillermo.** Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90. Miño y Dávila Editores. Madrid – España, 2000.
- ❖ **ANACLETO GUERRERO, Víctor.** Guía de la Seguridad Social. Edit. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, 2002.
- ❖ **ANACLETO GUERRERO, Víctor.** Manual de la Seguridad Social. Edit. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, 2006.
- ❖ **BACACORZO, Gustavo.** Derecho Administrativo. Tomos I y II. Ed. Gaceta Jurídica. Lima – Perú, 2002.
- ❖ **BALLÉN, Rafael** Derecho del Trabajo Administrativo, Ed. TEMIS, Bogotá, Colombia, 1996.
- ❖ **BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ.** Regímenes de pensiones a cargo del Estado. Sub – Gerencia del Sector Público (Departamento de Análisis del Sector Público). Lima – Perú, 2004.
- ❖ **BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO.** Desarrollo más allá de la economía. Informe del Progreso Económico y Social en América Latina. Washington D.C. – Estados Unidos, 2000.

- ❖ **CAMPOS BALAREZO, Juan Manuel**. Cuestionamientos a las medidas dictadas por el Gobierno respecto al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Humanos. Lima – Perú, 2004.

- ❖ **CETRANGOLO, Oscar y Carlos Grushka**. Sistema Previsional Argentino: Crisis, Reforma y Crisis de la Reforma. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Buenos Aires – Argentina, 2004.

- ❖ **CHACALTANA, Juan, Norberto García y José Gallardo**. Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú. Consorcio de Investigación Económico Social (CIES). Lima – Perú, 2002.

- ❖ **CLAVELL BORRÁS, Javier**. Introducción a la Técnica Legislativa. Fundación Banco de Boston. Buenos Aires – Argentina, 1984.

- ❖ **COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)**. La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad. Santiago de Chile, 2006.

- ❖ **DEFENSORIA DEL PUEBLO**. Informe Defensorial N° 85 – La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Ed. Centauros Graphic. Lima – Perú, 2004.

- ❖ **DEFENSORIA DEL PUEBLO**. Noveno Informe Anual de la Defensoría del Pueblo. Tarea Asociación Gráfica Educativa. Lima – Perú, 2006.

- ❖ **ESPINOZA MIRANDA, Carmen**. Propuesta de Reforma Previsional Chilena. Programa de Economía del Trabajo (PET). Santiago de Chile, 2006.

- ❖ **FAJARDO CRIVILLERO, Martín.** Regímenes de Pensiones en el Perú. Ed. Villanueva. Lima – Perú, 1979.

- ❖ **FERRAJOLI, Luigi.** Derechos y Garantías. Ed. Trotta. Madrid – España, 2001.

- ❖ **GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo.** La Jubilación en el Perú y España. MN Editores y Servicios Gráficos. Lima – Perú, 2006.

- ❖ **GOBIERNO DEL PERU.** Informe de la Comisión Especial creada mediante Decreto Supremo N° 003-2001-TR encargada de estudiar la situación de los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530 y otros a cargo del Estado. Depósito Legal de la Biblioteca Nacional. Lima – Perú, 2001.

- ❖ **HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto.** Metodología de la Investigación. Edit. Mac Graw Hill. Bogotá – Colombia, 1997.

- ❖ **JIMENEZ CASTAÑEDA, Francisco.** Jurisprudencia en materia de Pensiones. Ediciones Legales. Lima – Perú, 2005.

- ❖ **JIMÉNEZ, Luis Felipe y Jessica Cuadros.** Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, 2003.

- ❖ **MARTIN MANCILLA, Pedro.** Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. Ed. El Carmen. Lima – Perú, 1979.

- ❖ **MESA – LAGO, Carmelo y Fabio Bertranou.** Manual de economía de la seguridad social. Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH). Montevideo – Uruguay, 1998.

- ❖ **MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS.** Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales (DGAES). Lima – Perú, 2004.

- ❖ **MOLINA, Carlos Gerardo.** Gasto público social. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Washington D.C. – Estados Unidos, 2000.

- ❖ **MORON, Eduardo.** Diez años del Sistema Privado de Pensiones 1993 – 2003. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP). Lima – Perú, 2004.

- ❖ **OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL – ONP.** Las Obligaciones Previsionales del Estado – Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530. Lima – Perú, 2003.

- ❖ **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).** Reforma de las jubilaciones y concertación social. Ginebra – Suiza, 2002.

- ❖ **PACHECO MAITA, Rosario.** Manual de los Regímenes de Salud y Pensiones. Instituto de Investigación El Pacífico. Lima – Perú, 2003.

- ❖ **PALOMINO BARRIENTOS, Eugenio.** Régimen de pensiones. Ed. Medina. Lima – Perú, 2003.

- ❖ **PAREDES INFANZON, Jelio.** Los principios de la Seguridad Social. Ed. EDIAL. Lima – Perú, 1996.

- ❖ **PATRON FAURA, Pedro.** Legislación pública sobre empleados públicos. Ed. Librería Studium. Lima – Perú, 1987.

- ❖ **PAZ PANIZO, Jorge y Rafael Ugaz.** Análisis del Sistema Privado de Pensiones. Consorcio de Investigación Económico Social (CIES). Lima – Perú, 2003.

- ❖ **RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge.** Derecho de la Seguridad Social. Ed. Tarpuy. Lima – Perú, 1992.

- ❖ **REPÚBLICA DE COLOMBIA** Acuerdo extendido de Colombia con el Fondo Monetario Internacional. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Bogotá – Colombia, 1999.

- ❖ **ROMERO MONTES, Francisco Javier.** La Jubilación en el Perú. Servidores Públicos y Privados. Lima – Perú, 1984.

- ❖ **ROMERO MONTES, Francisco Javier.** Concepto, evolución y principios de la Seguridad Social. En: Revista de Análisis Laboral N° 301. Ed. AELE. Lima – Perú, 2002.

- ❖ **ROMERO MONTES, Francisco Javier** (2005). Algunas consideraciones acerca de la enmienda constitucional en materia pensionaria. En: Revista Vox Juris N° 12. Universidad Particular San Martín de Porres. Lima – Perú, 2005.

- ❖ **RUBIO CORREA, Marcial** (1999). El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Lima – Perú, 1999.

- ❖ **RUIZ DURÁN, Clemente.** Sistemas de Seguridad Social en el siglo XXI. Ed. Drama. México D.F., 1997.

- ❖ **SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Isidro.** Algunos problemas metodológicos en el estudio del envejecimiento: Concepto, medidas y proyecciones. En: QURRICULUM – Revista de Teoría, Investigación y Práctica Educativa. N° 02. Universidad de La Laguna. La Rioja – España, 1991.

- ❖ **SCHULTHESS, W. E.** La iniciativa de Estocolmo: Un análisis del proceso de reforma en América Latina. En: Revista “Estudios de Seguridad Social”.

Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). Buenos Aires – Argentina, 2000.

- ❖ **SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.** Compendio Estadístico del Sistema Privado de Pensiones (SPP). Lima – Perú, 2003.
- ❖ **TAFUR, Raúl.** La Tesis Universitaria. Edit. Mantaro. Lima- Perú, 1995.
- ❖ **UTOFF, Andrés.** Brechas del Estado de Bienestar y Reformas a los Sistemas de Pensiones de América Latina. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, 2006.
- ❖ **WESTER BARRERA, Jorge.** Manual de Pensiones. Marsol Perú Editores. Trujillo – Perú, 1986.
- ❖ **ZAVALA LOMBARDI, Fernando.** Proyecto de Ley de Reforma Constitucional en materia de pensiones del Decreto Ley N° 20530: Implicancias en las Finanzas Públicas. Ministerio de Economía y Finanzas. Lima – Perú, 2004.

INTERNET

- ❖ **COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL).** Disponible en: <http://www.eclac.org/>
- ❖ **MINISTERIO DE JUSTICIA.** Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/spij/>
- ❖ **MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO.** Disponible en: <http://www.mintra.gob.pe/>
- ❖ **MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS.** Disponible en: <http://www.mef.gob.pe/>
- ❖ **OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL (ONP).** Disponible en: <http://www.onp.gob.pe/inicio.do>
- ❖ **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).** Archivo Documental. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>
- ❖ **PORTAL DEL ESTADO PERUANO.** Disponible en: http://www.peru.gob.pe/gobierno/list_instituciones_alfabetico.asp
- ❖ **REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>
- ❖ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Jurisprudencia Constitucional. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl>

ANEXOS

Anexo 1

Árbol del Problema y Árbol de Objetivos

Anexo 2

Matriz de Consistencia

Anexo 3

Decreto Ley N° 19990

Anexo 4

Decreto Ley N° 20530

Anexo 5

Decreto Ley N° 25897

Anexo 6

Decreto Ley N° 19846

Anexo 7

Ley N° 28389

Anexo 8

Ley N° 28449

Anexo 9

Exp. N° 050-2004-AI/TC

Anexo 10

Exp. N° 1417-2005-AA/TC

Anexo 11

Caso Cinco Pensionistas – Corte Interamericana de Derechos Humanos

Anexo 12

Posición de la CEPAL sobre la problemática estudiada

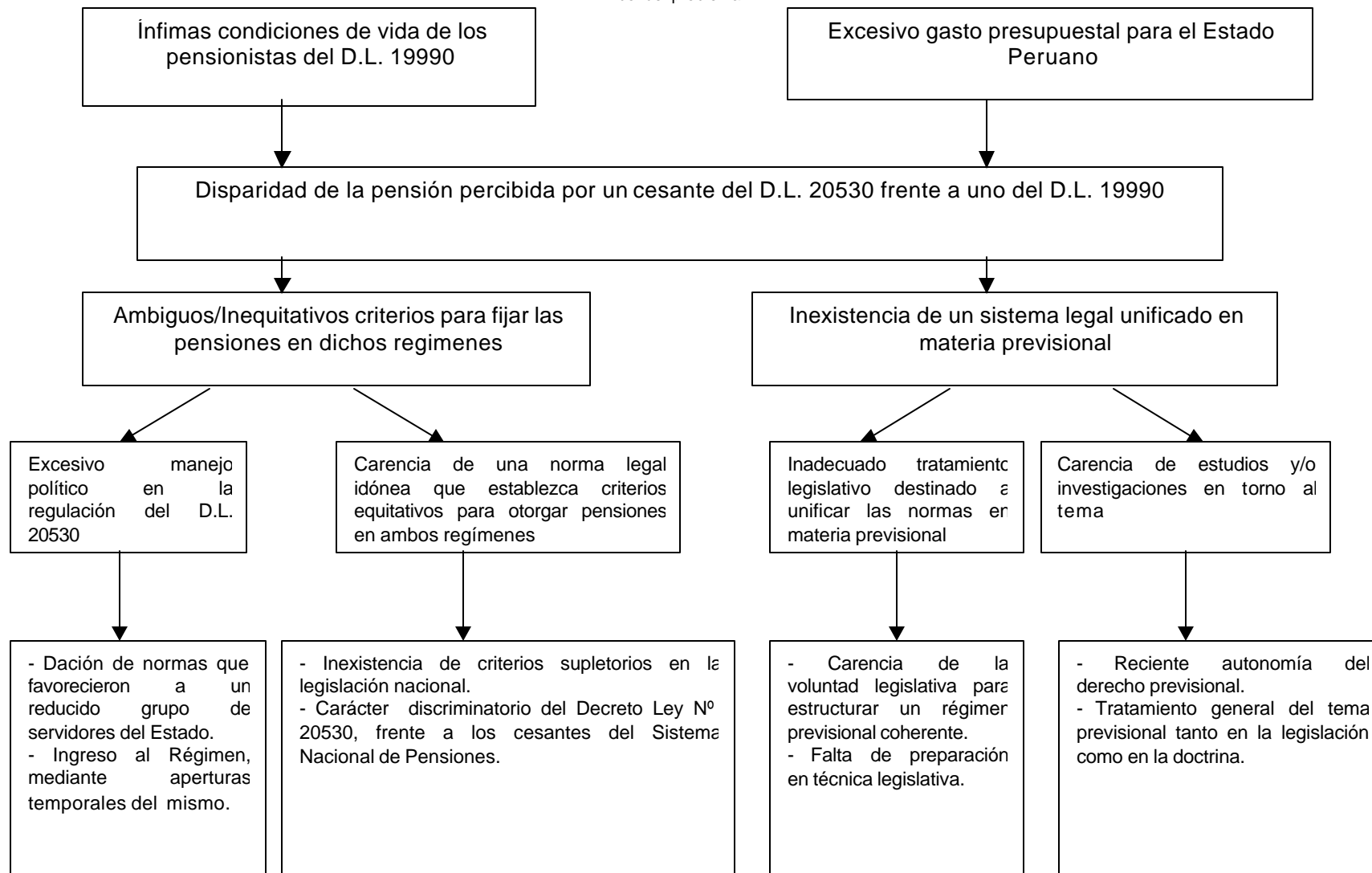
Anexo 13

Informe Defensorial N° 085 – Defensoría del Pueblo

ANEXO 1

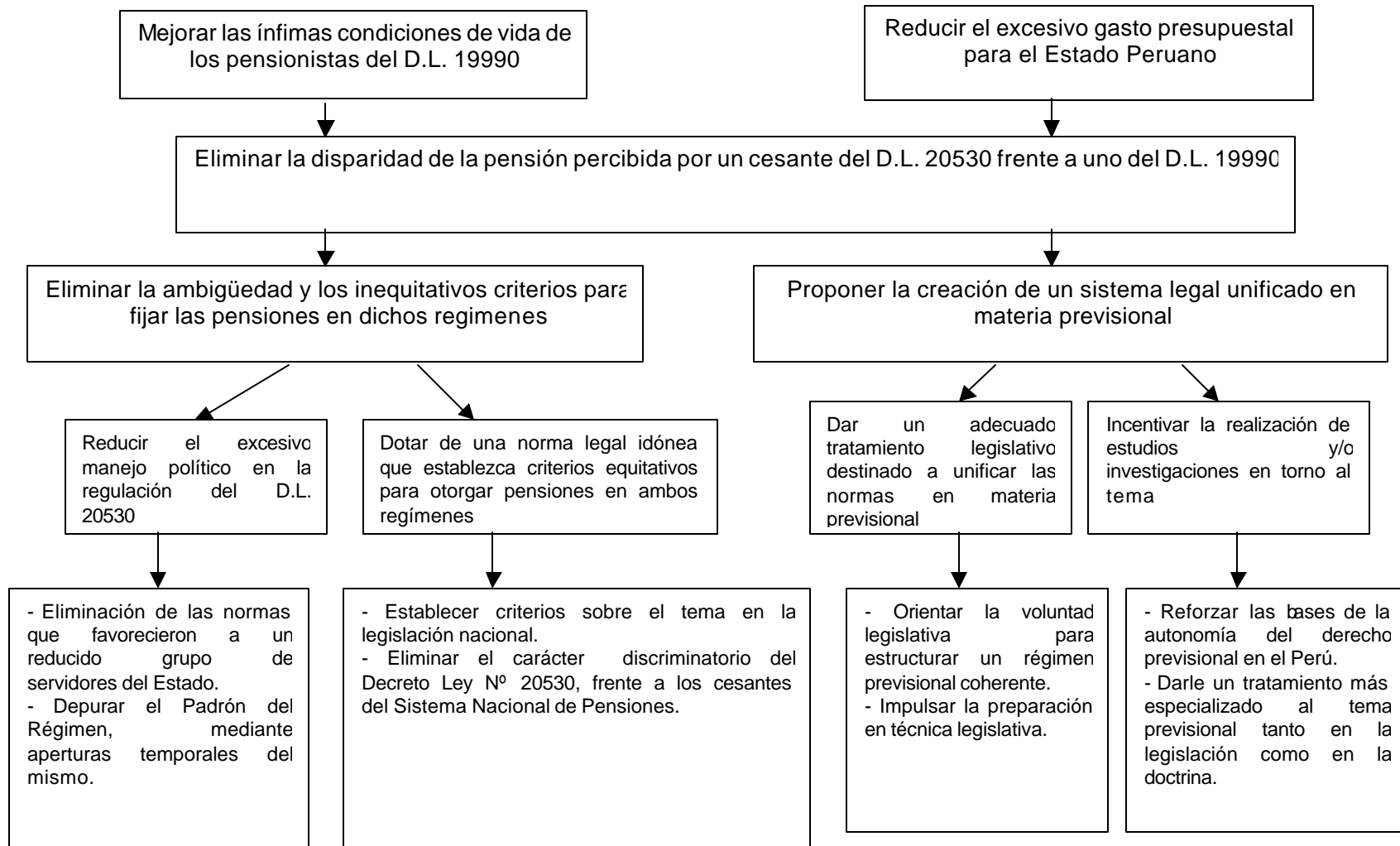
LA UNIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES PREVISIONALES DE LOS DECRETOS LEYES 19990 Y 20530

Árbol del problema



LA UNIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES PREVISIONALES DE LOS DECRETOS LEYES 1990 Y 20530

Árbol de Objetivos



Matriz de Consistencia

PROBLEMA	OBJETIVO	JUSTIFICACIÓN	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	INDICE	METODO		
¿En qué medida la disparidad de la pensión percibida por un jubilado del D.L. 20530 frente a uno del D.L.1990 genera ínfimas condiciones de vida de los pensionistas bajo el D.L. 1990 y el excesivo gasto presupuestal para el Estado?	-OG	En la actualidad, la situación del sistema previsional peruano es eminentemente crítica debido a que existe una realidad dramática de los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones - D.L. 1990 - frente a la situación holgada de los pensionistas del D.L. 20530; por lo cual es indispensable formular soluciones que permitan garantizar una mejor calidad de las pensiones para el universo pensionario en el País.	La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional y los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes generan la disparidad de la pensión percibida por un cesante del D.L. 20530 frente a uno del D.L. 1990.	VI1: La inexistencia de un sistema legal unificado en materia previsional	Inadecuado tratamiento legislativo destinado a unificar las normas en materia previsional.	Carencia de la voluntad legislativa para estructurar un régimen previsional coherente. Falta de preparación en técnica legislativa. Reciente autonomía del derecho previsional.	Tipo/ Método: Descriptivo Explicativo Técnica: Investigación documental Universo: Pensionistas del Perú Muestra: Pensionistas del D.L. 1990 y 20530		
	Eliminar la disparidad de la pensión percibida por un cesante del D.L. 20530 frente a uno del D.L. 1990.	-OE1			Eliminar la ambigüedad y los inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes.	Excesivo manejo político en la regulación del D.L. 20530.		Carencia de estudios y/o investigaciones en torno al tema.	Tratamiento general del tema previsional tanto en la legislación como en la doctrina. Dación de normas que favorecieron a un reducido grupo de servidores del Estado. Ingreso al Régimen, mediante aperturas temporales del mismo.
								Carencia de una norma legal idónea que establezca criterios equitativos para otorgar pensiones en ambos regímenes.	Carácter discriminatorio del Decreto Ley N° 20530, frente a los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones. Desprotección social de los cesantes del Sistema Nacional de Pensiones.
									Ínfimas condiciones de vida de los pensionistas del D.L. 1990.
	-OE2	Proponer la creación de un sistema legal unificado en materia previsional.		Esta producción intelectual busca sentar las bases de una reforma integral en el sistema previsional, creando un Sistema Nacional Unificado que administre las pensiones de ambos regímenes, el cual esté dotado de una legislación previsional coherente.	VI2: Los ambiguos e inequitativos criterios para fijar las pensiones en dichos regímenes	Excesivo gasto presupuestal para el Estado Peruano.		Inadecuado manejo de las finanzas públicas destinadas al tema previsional.	
	VD: La disparidad de la pensión percibida por un cesante del D.L. 20530 frente a uno del D.L. 1990.								

ANEXO 3

30 de abril de 1973

El Gobierno Revolucionario crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social

DECRETO LEY N° 19990

CONCORDANCIAS: D.S. N° 011-74-TR
L. N° 25048
D.S. N° 106-97-EF
D.U. N° 034-98
R.J. N° 027-99-JEFATURA-ONP
D.S. N° 056-99-EF
D.S. N° 082-98-EF
D.U. N° 009-2000
R.J. N° 047-2000-JEFATURA-

ONPE D.S. N° 003-2001-TR
D.S. N° 082-2001-EF
D.S. N° 083-2001-EF
D.S. N° 085-2001-EF
D.S. N° 087-2001-EF
R.J. N° 086-2001-JEFATURA-

ONP R.J. N° 123-2001-JEFATURA-

ONP D.S. N° 159-2001-EF
D.S. N° 177-2001-EF
R.S. N° 392-2001-EF
D.U. N° 105-2001
LEY N° 27561
LEY N° 27585
LEY N° 27607
R.J. N° 001-2002-JEFATURA-

ONP LEY N° 27617 (Ley que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones)
LEY N° 27655
D.S. N° 028-2002-EF
D.S. N° 055-2002-EF
D.S. N° 100-2002-EF
R.SBS. N° 795-2002
D.S. N° 026-2003-EF
R.M. N° 227-2004-EF-15
LEY N° 28266, Art. 2
D.S. N° 121-2004-EF, Art. 1
Ley N° 28449, Art. 1
LEY N° 28485
LEY N° 28532 (Ley que establece la reestructuración integral de la Oficina de Normalización Previsional (ONP))
LEY N° 28550, Art. 1
LEY N° 28558
D.S. N° 108-2005-EF (Establecen disposiciones relativas al pago de devengados de pensionistas del Decreto Ley N° 19990)
D.U. N° 020-2005, Art. 3
D.S. N° 168-2005-EF (Establecen disposiciones relativas al pago de devengados de pensionistas del D.L. N° 19990)
Ley N° 28666 (Ley que otorga Bonificación permanente a los pensionistas del derecho derivado de viudez que sean mayores de 70 años en el Régimen del Decreto Ley N° 19990)
D.S. N° 006-2006-IN (Reglamento de la Ley N° 28558)
D.S. N° 118-2006-EF, Art. 3, Inc. 4 (Reglamento de la Ley N° 28532)
Ley N° 28798 (Ley que establece el plazo para el pago de devengados para pensionistas del Régimen del Decreto Ley N° 19990)

D.S. N° 141-2006-EF (Aprueban Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Oficina de Normalización Previsional)

D.S. N° 175-2006-EF (Aprueban Reglamento de la Ley que establece el plazo para el pago de devengados para pensionistas del Régimen del Decreto Ley N° 19990 - Ley N° 28798)

D.S. N° 188-2006-EF (Establecen disposiciones relativas al pago de devengados de pensionistas del D.L. N° 19990)

R.M. N° 757-2006-EF-15 (Aprueban Tabla de Mortalidad SP 2005)

D.S. N° 013-2007-TR (Reglamentan el Decreto de Urgencia N° 020-2005 y la Ley N° 28738)

R. SBS N° 827-2007, Art. 4 num. 2, Tercera Disp. Final Trans.

D.S. N° 101-2007-EF (Establecen disposiciones relativas al pago de devengados de Pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley N° 19990)

R. SBS N° 1041-2007 (Reglamento Operativo para la libre desafiliación informada y el régimen especial de jubilación anticipada del Sistema Privado de Pensiones, a que se refieren la Ley N° 28991 y el Decreto Supremo N° 063-2007-EF)

D.S. N° 205-2007-EF (Establecen disposiciones relativas al pago de devengados de pensionistas del D.L. N° 19990)

D.S. N° 207-2007-EF (Disponen otorgar una bonificación de carácter permanente para los pensionistas del régimen del Decreto Ley 19990)

R.M. N° 343-2007-TR (Fijan equivalencia remunerativa aplicable a los ex trabajadores beneficiarios de la Ley N° 27803 que optaron por el

beneficio de jubilación adelantada, en caso que la plaza, el nivel, la categoría, el régimen laboral, la empresa o la entidad no existan)

CONSIDERANDO:

Que es política del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada asegurar el bienestar de la comunidad;

Que la Seguridad Social constituye uno de los principales instrumentos para alcanzar tal objetivo;

Que el Plan Nacional de Desarrollo establece como uno de sus objetivos de política de Seguridad Social a mediano plazo la unificación de los diversos regímenes de seguridad social existentes;

Que es necesario establecer un sistema que, además de eliminar injustas desigualdades, corrija las deficiencias en las prestaciones y en el financiamiento de los distintos regímenes de pensiones, con miras a brindar una protección más amplia y adecuada a los trabajadores;

Que es igualmente necesario posibilitar la incorporación a los beneficios del sistema de pensiones de aquellos trabajadores independientes que no tenían acceso al mismo.

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TÍTULO I

DE LA CREACIÓN

Artículo 1.- Créase el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, en sustitución de los sistemas de pensiones de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado y del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares.

Artículo 2.- La Caja Nacional de Pensiones es el organismo central del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social.

TÍTULO II

DE LOS ASEGURADOS

Artículo 3.- Son asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, con la excepción a que se refiere el artículo 5, los siguientes:

a) Los trabajadores que prestan servicios bajo el régimen de la actividad privada a empleadores particulares, cualesquiera que sean la duración del contrato de trabajo y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes;

b) Los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley N° 11377 o de la actividad privada; incluyendo al personal que a partir de la vigencia del presente Decreto Ley ingrese a prestar servicios en el Poder Judicial, en el Servicio Diplomático y en el Magisterio;

c) Los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares;

d) Los trabajadores al servicio del hogar;

CONCORDANCIA: D.S. N° 177-2001-EF

e) Los trabajadores artistas; y

f) Otros trabajadores que sean comprendidos en el Sistema, por Decreto Supremo, previo informe del Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales.

CONCORDANCIA: R. SBS N° 1041-2007, Art. 2 (Reglamento Operativo para la libre desafiliación informada y el régimen especial de jubilación anticipada del

Sistema Privado de Pensiones, a que se refieren la Ley N° 28991 y el Decreto Supremo N° 063-2007-EF)

Artículo 4.- Podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley:

a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y

b) Los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y que opten por la continuación facultativa.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 099-2002-EF, Art. 2

Artículo 5.- No están comprendidos en los alcances del presente Decreto Ley los trabajadores del Sector Público Nacional que al entrar en vigencia el presente Decreto Ley se hallen prestando servicios sujetos al régimen de cesantía, jubilación y montepío. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 20604, publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 5.- No están comprendidos en los alcances del presente Decreto - Ley los trabajadores del Sector Público Nacional que al entrar en vigencia el mismo se hallen prestando servicios sujetos al régimen de cesantía, jubilación y montepío.

La presente exclusión no es aplicable a los indicados trabajadores en el caso de que por prestar o haber prestado servicios en otro u otros empleos en la forma indicada en el Art. 3 tengan también la calidad de asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones o de asegurados a facultativos que se refiere el inciso b) del Art. 4, respectivamente. En estos casos se podrá obtener pensión o compensación, según corresponda, bajo el régimen del Decreto - Ley N° 20530 y los derechos que acuerda el presente Decreto - Ley”.

TÍTULO III

DE LA ORGANIZACIÓN FINANCIERA

Artículo 6.- Constituyen fuentes de financiamiento del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social:

a) Las aportaciones de los empleadores y de los asegurados;

b) El producto de las multas y recargos por las infracciones a este Decreto Ley y su Reglamento;

c) El rendimiento de sus inversiones;

d) Los intereses de sus capitales y reservas; y

e) Las donaciones que por cualquier concepto reciba.

Artículo 7.- Las aportaciones a que se refiere el inciso a) del artículo anterior equivalen a un porcentaje del monto de la remuneración asegurable que percibe el trabajador, porcentaje que se fijará, en cada caso, por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales y previo estudio actuarial. Dicho porcentaje será abonado en la forma siguiente:

a) Dos terceras partes por el empleador o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, según el caso; y

b) Una tercera parte por el asegurado.

Artículo 8.- Para los fines del Sistema se considera remuneración asegurable el total de las cantidades percibidas por el asegurado por los servicios que presta a su empleador o empresa, cualquiera que sea la denominación que se les dé, con las excepciones que se consignan en el artículo siguiente.

Artículo 9.- Para los fines del Sistema no forman parte de la remuneración asegurable, únicamente las cantidades que perciba el asegurado por los siguientes conceptos:

a) Graficaciones extraordinarias;

b) Asignación Anual sustitutoria del régimen de participación en las utilidades;

c) Participación en las utilidades;

d) Bonificación por riesgo de pérdida de dinero;

e) Bonificación por desgaste de herramientas; y

f) Las sumas o bienes entregados al trabajador para la realización de sus labores, exigidos por la naturaleza de éstas, como los destinados a movilidad, viáticos, representación y vestuario.

Artículo 10.- La remuneración máxima asegurable sobre la que se pagará aportaciones, por cada empleo, será fijada por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales y previo estudio actuarial.

Si la remuneración percibida superara dicha suma, el asegurado pagará, además, por el exceso, hasta una suma igual a la mitad de la remuneración máxima asegurable, el porcentaje que le corresponde sobre dicho exceso, por cada empleo.

El monto de la remuneración máxima asegurable deberá reajustarse en la proporción que se reajuste el monto de la pensión máxima que otorga la Caja a que se refiere el artículo 78.

Artículo 11.- Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares, están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios en el momento del pago de sus remuneraciones y a entregarlas a la Caja Nacional de Pensiones, conjuntamente con las que dichos empleadores o empresas deben abonar. La entrega de estas aportaciones a la Caja será efectuada de conformidad con lo que establezca el Reglamento, dentro del término que se fije en el mismo. Si las personas obligadas no retuvieran en la oportunidad indicada las aportaciones de sus trabajadores, responderán por su pago sin derecho a descontárselas a éstos. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 11.- Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares, están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios en el monto del pago de sus remuneraciones y a entregarlas a Seguro Social del Perú, conjuntamente con las que dichos empleadores o empresas deberán abonar, por el término que fije el Reglamento, dentro del mes siguiente a aquél en que se preste el trabajo. Si las personas obligadas no retuvieran en la oportunidad indicada las aportaciones de sus trabajadores, responderán por su pago, sin derecho a descontárselas a éstos”.

Artículo 12.- Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas y similares obligados al pago de las aportaciones de los asegurados obligatorios y de las que les corresponda, que incurran en mora, pagarán un recargo del dos por ciento del valor de dichas aportaciones por cada mes calendario o fracción, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

Artículo 13.- Las aportaciones, recargos y multas adeudadas darán lugar a cobranza coactiva, salvo el caso de aportaciones impagas de asegurados facultativos, que sólo estarán afectas al recargo a que se refiere el artículo anterior.

El procedimiento coactivo, bajo responsabilidad de la autoridad competente, se iniciará en el término de treinta días contados a partir de la fecha en que el empleador y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares obligados al pago de las aportaciones no cumplan con efectuar dicho abono.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo se organizará y mantendrá actualizado el Registro de Cuentas de Empleadores.

Artículo 14.- Las aportaciones de los asegurados facultativos a que se refiere el inciso a) del artículo 4, se pagarán sobre la base del ingreso asegurable mensual.

Se considera ingreso asegurable mensual la doceava parte del ingreso anual que perciban por su trabajo personal en actividad económica independiente, según declaración jurada de pago del impuesto a la renta del año anterior al cual corresponde el período de aportación.

Si no hubiera obligación de presentar declaración jurada de impuesto a la renta o si el trabajador iniciara actividad económica independiente y no hubiera estado obligado, con anterioridad, a la presentación de la misma, las aportaciones serán establecidas según declaración jurada que hará a la Caja.

En todo caso, la base para el cálculo de estas aportaciones no podrá ser inferior a una remuneración mínima vital del lugar de su trabajo habitual.

Las aportaciones de estos asegurados no podrán ser carga de la empresa.

La Caja podrá verificar los ingresos del asegurado facultativo.

Artículo 15.- Las aportaciones de los asegurados facultativos a que se refiere el inciso b) del artículo 4 se pagarán teniendo como base el promedio de la remuneración asegurable mensual percibida durante el último año de servicios.

El Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales podrá reajustar la base para el pago de dichas aportaciones, a fin de mantener el valor real de las prestaciones que pudieran corresponder.

Artículo 16.- La aportación de los asegurados facultativos es de su cargo exclusivo, y equivale al porcentaje global a que se refiere el artículo 7º, de su remuneración o ingreso asegurables hasta un monto igual a una remuneración máxima asegurable señalada en el primer párrafo del artículo 10.

Si su remuneración o ingreso superara dicha suma, los asegurados facultativos pagarán:

a) Por la suma máxima asegurable el porcentaje global señalado en el artículo 7; y,

b) Por el exceso de la suma máxima asegurable y sólo hasta un cincuenta por ciento de la misma, la tercera parte del porcentaje global a que se refiere el artículo 7.

Artículo 17.- El pago de las aportaciones de los asegurados facultativos se efectuará de conformidad con lo que establezca el Reglamento dentro del término que fije el mismo.

Artículo 18.- La obligación de pago de las aportaciones propias de los empleadores o empresas a que se refiere el artículo 7º, prescribe a los quince años.

Es imprescriptible la obligación de pagar las aportaciones retenidas o que debió retenerse a los trabajadores.

Artículo 19.- El régimen financiero del Sistema Nacional de Pensiones operará en base al sistema de prima escalonada.

Bajo responsabilidad del Gerente General de la Caja Nacional de Pensiones, en períodos no mayores de cinco años, se efectuará obligatoriamente estudios actuariales para determinar si los ingresos y reservas del Sistema Nacional de Pensiones garantizan su equilibrio financiero.

Artículo 20.- Si por causas imprevisibles el total de los egresos de un año calendario superara a los ingresos, produciendo un déficit que pudiere ser evaluado como permanente, las aportaciones serán aumentadas por Resolución Ministerial a propuesta del Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales, en uno y medio por ciento de las remuneraciones o ingresos asegurables, distribuyéndose el pago de este porcentaje en la forma prevista en el artículo 7.

En la fecha en que entre en vigencia el aumento a que se refiere el párrafo anterior, el Gerente General dispondrá la realización de un estudio actuarial con el objeto de que en un plazo no mayor de seis meses se ratifique o reajuste la tasa de incremento de conformidad con el artículo 7; en este último caso, el nuevo porcentaje de aportación no se aplicará a los períodos devengados.

Artículo 21.- El Fondo de Reserva estará constituido por el monto capitalizado de los saldos líquidos de los ejercicios anuales, deducidos los gastos de prestaciones y administración.

El Fondo de Reserva no será destinado a atender el pago de prestaciones ni los gastos de administración de la Caja Nacional de Pensiones.

Artículo 22.- El Fondo de Reserva se invertirá teniendo en cuenta, en forma concurrente, las siguientes normas:

a) La seguridad de su valor real;

b) La garantía del equilibrio financiero del Sistema;

c) La mayor rentabilidad posible;

d) la liquidez; y,

e) La contribución al desarrollo socio-económico del país, de conformidad con los planes nacionales de desarrollo.

Cuando las inversiones tengan por finalidad el beneficio común de los asegurados, no será de aplicación el inciso c) del presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 23.- Las inversiones del fondo de reserva sólo podrán realizarse si los estudios y proyectos demuestran para cada una de ellas una rentabilidad efectiva neta no menor que la tasa de interés de depósito bancario a plazo fijo, luego de deducidos los gastos de administración que requiere cada inversión.

TÍTULO IV

DE LAS PRESTACIONES

CAPÍTULO I

PENSIÓN DE INVALIDEZ

Artículo 24.- Se considera inválido:

a) Al asegurado que se encuentra en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente, que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría, en un trabajo igual o similar en la misma región; y

b) Al asegurado que, habiendo gozado de subsidio de enfermedad durante el tiempo máximo establecido por la Ley continúa incapacitado para el trabajo.

Artículo 25.- Tiene derecho a pensión de invalidez el asegurado:

a) Cuya invalidez, cualquiera que fuere su causa, se haya producido después de haber aportado cuando menos quince años, aunque a la fecha de sobrevenirle la invalidez no se encuentre aportando;

b) Que teniendo más de tres y menos de quince años completos de aportación, al momento de sobrevenirle la invalidez, cualquiera que fuere su causa, contase por lo menos con doce meses de aportación en los treinta y seis meses anteriores a aquél en que se produjo la invalidez;

c) Que al momento de sobrevenirle la invalidez, cualquiera que fuere su causa, tenga por lo menos tres años de aportación, de los cuales por lo menos la mitad corresponda a los últimos treinta y seis meses anteriores a aquél en que se produjo la invalidez, aunque a dicha fecha no se encuentre aportando; y

d) Cuya invalidez se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 25.- Tiene derecho a pensión de invalidez el asegurado:

a) Cuya invalidez, cualquiera que fuere su causa, se haya producido después de haber aportado cuando menos 15 años, aunque a la fecha de sobrevenirle la invalidez no se encuentre aportando;

b) Que teniendo más de 3 y menos de 15 años completos de aportación, al momento de sobrevenirle la invalidez, cualquiera que fuere su causa, contase por lo menos con 12 meses de aportación en los 36 meses anteriores a aquél en que produjo la invalidez, aunque a dicha fecha no se encuentre aportando;

c) Que al momento de sobrevenirle la invalidez, cualquiera que fuere su causa, tenga por lo menos 3 años de aportación, de los cuales por lo menos la mitad corresponda a los últimos 36 meses anteriores a aquél en que se produjo la invalidez, aunque a dicha fecha no se encuentre aportando; y

d) Cuya invalidez se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando.

En ningún caso el pensionista de jubilación tendrá derecho a pensión de invalidez.

Artículo 26.- La Invalidez será declarada en primera instancia por el Gerente General de la Caja Nacional de Pensiones, previo informe de una comisión médica de un centro asistencial de Seguridad Social sobre el estado físico y/o mental del asegurado. (*) (**)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 26.- La invalidez será declarada por el funcionario de Seguro Social del Perú que señale el Reglamento, previo informe de una comisión médica de un centro asistencial de la indicada Institución sobre el estado físico y/o mental del asegurado”.

(**) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27023, publicada el 24-12-98, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 26.- El asegurado del Sistema Nacional de Pensiones que solicite pensión de invalidez presentará junto con su Solicitud de pensión, un Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano de Seguridad Social, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud constituidas según Ley N° 26790, de acuerdo al contenido que la Oficina de Normalización Previsional apruebe, previo examen de una Comisión Médica nombrada para tal efecto en cada una de dichas entidades.

En caso de enfermedad terminal o irreversible, no se exigirá la comprobación periódica del estado de invalidez.

Si efectuada la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante." (*)

CONCORDANCIAS: D.S. N° 166-2005-EF-, Art. 4
D.S. N° 166-2005-EF-, Art. 3
R.M. N° 478-2006-MINSA (Aprueban Directiva Sanitaria "Aplicación Técnica del Certificado Médico requerido para el otorgamiento de pensión de invalidez")
D.S. N° 020-2006-SA (Procedimientos denominados "Certificado Médico para el Otorgamiento de Pensión de Invalidez" en el TUPA del Ministerio, en lo correspondiente a Institutos Especializados y Hospitales de Lima y Callao)
R. N° 031-2008-SEPS-CD (Dictan disposiciones para la conformación de Comisiones Médicas Calificadoras de Incapacidad (CMCI) en el Sistema Complementario de Seguridad Social en Salud)

(*) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 166-2005-EF, publicado el 07 Diciembre 2005, se dispone de acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 27023, que el Seguro Social de Salud - ESSALUD-, los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud y las Entidades Prestadoras de Salud -EPS, deberán conformar en

un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la publicación de la presente norma, sus Comisiones Médicas a fin que éstas emitan los correspondientes Certificados Médicos de Invalidez, con la finalidad que el asegurado del Sistema Nacional de Pensiones, pueda solicitar su prestación relacionada con la invalidez.

Artículo 27.- El monto de la pensión mensual de invalidez, en los casos considerados en el artículo 25, será igual al cincuenta por ciento de la remuneración o ingreso de referencia.

Cuando el total de años completos de aportación sea superior a tres el porcentaje se incrementará en uno por ciento por cada año completo de aportación que exceda de tres años.

Artículo 28.- También tiene derecho a pensión el asegurado que, con uno o más años completos de aportación y menos de tres, se invalide a consecuencia de enfermedad no profesional, a condición de que al producirse la invalidez cuente por lo menos con doce meses de aportación en los treinta y seis meses anteriores a aquél en que sobrevino la invalidez. En tal caso, la pensión será equivalente a un sexto de la remuneración o ingreso de referencia por cada año completo de aportación.

Artículo 29.- Si al producirse la invalidez el asegurado tuviere cónyuge a su cargo y/o hijos en edad de percibir pensión de orfandad, el monto de la pensión se incrementará en dos por ciento de la remuneración o ingreso de referencia por el cónyuge y en dos por ciento por cada hijo. Dichos incrementos se mantendrán en tanto subsistan las causas que les dieron origen.

En todo caso, el monto de la pensión no podrá exceder del ochenta por ciento de la remuneración o ingreso de referencia. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 29.- Si al producirse la invalidez el asegurado tuviera cónyuge a su cargo y/o hijos en edad de percibir pensión de orfandad, el monto de la pensión de invalidez se incrementará en un porcentaje comprendido entre el 2 y el 10 por ciento de la remuneración o ingreso de referencia por el cónyuge, y entre el 2 y el 5 por ciento por cada hijo. El Reglamento fijará las tasas diferenciales según las remuneraciones o ingresos de referencia, de modo de beneficiar en particular a los de menor monto. Dichos incrementos se mantendrán en tanto subsistan las causas que les dieron origen”.

En todo caso, la suma total que por concepto de pensión se otorgue no podrá exceder de la remuneración o ingreso de referencia, ni del monto máximo a que se refiere el Art. 78.I

Artículo 30.- Si el Inválido requiriera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, se le otorgará además de la pensión, una bonificación mensual, cuyo monto no podrá exceder de una remuneración mínima vital correspondiente al lugar de su residencia ni ser inferior a la mitad de dicha remuneración. Esta bonificación seguirá siendo otorgada si el inválido fuere transferido a jubilación, pero no se tomará en cuenta para el cálculo de las pensiones de sobrevivientes.

La suma de la pensión de invalidez y de la bonificación mencionada podrá exceder del ochenta por ciento de la remuneración o ingreso de referencia pero no del monto máximo a que se refiere el artículo 78. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

"Artículo 30.- Si el inválido requiriera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, se le otorgará, además de la pensión, una bonificación

mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital correspondiente al lugar de su residencia.

Esta bonificación seguirá siendo otorgada si el inválido luego transferido a jubilación pero no se tomará en cuenta para el cálculo de las pensiones de sobrevivientes ni del capital de defunción.

La suma de la pensión de invalidez o la de jubilación en el caso de transferencia y de bonificación mencionada, podrá exceder de la remuneración o ingreso de referencia pero no del monto máximo a que se refiere el Art. 78”.

Artículo 31.- El derecho a la pensión de invalidez se iniciará al día siguiente del último día de goce del subsidio de enfermedad, o, si el asegurado no tuviere derecho a dicho subsidio, en la fecha en que se produjo la invalidez.

Artículo 32.- Si el pensionista de invalidez percibiere remuneración o ingresos, el monto de la pensión se reducirá en forma tal que, sumadas ambas cantidades, la que resulte no exceda de la remuneración o ingreso que sirvió de referencia, que para este efecto se estimarán actualizados considerando que la pensión reajustada continúa siendo equivalente al porcentaje que sirvió de base, para determinarla, de conformidad con los artículos 27, 28 y 29, según corresponda. En ningún caso dicho total será superior al monto de la pensión máxima mensual a que se refiere el artículo 78.

Artículo 33.- Caduca la pensión de invalidez en cualesquiera de los siguientes casos:

a) Por haber recuperado el pensionista la capacidad física o mental o por haber alcanzado una capacidad, en ambos casos, en grado tal que le permita percibir una suma cuando menos equivalente al monto de la pensión que recibe;

b) Por pasar a la situación de jubilado a partir de los cincuenta y cinco años de edad los hombres y cincuenta las mujeres, siempre que tengan el tiempo necesario de aportación para alcanzar este derecho y el beneficio sea mayor; sin la reducción establecida en el artículo 44; y

c) Por fallecimiento del beneficiario.

Artículo 34.- A partir de la fecha de declaración de caducidad de la pensión de invalidez conforme a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 33, y siempre que el pensionista no tengan remuneración o ingreso el pago de aquélla se extenderá por un período de tres meses, conforme a los siguientes porcentajes del monto de la pensión.

Primer mes	: Cien por ciento.
Segundo mes	: Setenta y cinco por ciento.
Tercer mes	: Cincuenta por ciento.

Artículo 35.- Si el pensionista de invalidez dificultase o impidiese su tratamiento, se negase a cumplir las prescripciones médicas que se le impartan se resistiese a someterse a las comprobaciones de su estado o a observar las medidas de recuperación, rehabilitación o reorientación profesional, se suspenderá el pago de la pensión de invalidez mientras persista en su actitud, sin derecho a reintegro.

Artículo 36.- Cuando la invalidez sea provocada por un acto intencional del asegurado o por su participación en la comisión de un delito, procederá el pago de pensión de invalidez únicamente en los casos de los incisos a), b) y c) del artículo 25 y siempre que tenga cónyuge a su cargo y/o hijos en edad de percibir pensión de orfandad en cuyo caso la pensión será pagada a dichos beneficiarios. Si el cónyuge o los hijos mayores de dieciocho años hubiesen participado en el delito, no se otorgará pensión a éstos.

Artículo 37.- La Caja Nacional de Pensiones coordinará con la rama de prestaciones de Salud de las Instituciones de Seguridad Social el otorgamiento de los servicios de rehabilitación y reorientación profesional necesarios para la recuperación de sus pensionistas de invalidez.

CAPÍTULO II

PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Artículo 38.- Tienen derecho a pensión de jubilación los hombres a partir de los sesenta años de edad y las mujeres a partir de los cincuenticinco a condición de reunir los requisitos de aportación señalados en el presente Decreto Ley.

Por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales y los estudios técnico y actuarial correspondientes, podrá fijarse, en las condiciones que en cada caso se establezca, edades de jubilación inferiores hasta en cinco años a las señaladas en el párrafo anterior, para aquéllos grupos de trabajadores que realizan labores en condiciones particularmente penosas o que implican un riesgo para la vida o la salud proporcionalmente creciente a la mayor edad de los trabajadores.(1)(2)(3)(4)

(1) Confrontar con el Artículo 44 del Decreto Ley N° 20604, publicado el 07 mayo 1974.

(2) Confrontar con el Artículo 39 del Decreto Ley N° 25897, publicado el 06 diciembre 1992.

(3) Confrontar con el Artículo 9 de la Ley N° 26504, publicada, 18-07-1995, que dispone que la edad de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el presente Decreto Ley, es de 65 años.

(4) Confrontar con el tercer párrafo del Artículo 21 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, publicado el 27 marzo 1997.

Artículo 39.- El monto máximo de la pensión mensual de jubilación es igual al ochenta por ciento de la remuneración o ingreso de referencia, y se otorgará a los asegurados y aseguradas que acrediten las edades señaladas en el artículo 38° y tengan treinta o veinticinco años completos de aportación, respectivamente.(*).

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 39.- La suma total que por concepto de pensión de jubilación se otorgue, incluidos los incrementos a que se refiere el Art.43, no podrá exceder de la remuneración o ingreso de referencia ni del monto máximo a que se refiere el Art. 78”.

SECCIÓN I

A.- RÉGIMEN GENERAL DE JUBILACIÓN

Artículo 40.- Están comprendidos en el régimen general de jubilación:

a) Los asegurados inscritos a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley;

b) Los asegurados obligatorios nacidos a partir del primero de Julio de mil novecientos treintiuno si son hombres, o a partir del primero de Julio de mil novecientos treintiseis si son mujeres;

c) Los asegurados facultativos a que se refiere el inciso a) del artículo 4; y

d) Los asegurados facultativos a que se refiere el inciso b) del artículo 4 nacidos a partir del primero de julio de mil novecientos treintiuno si son hombres, o a partir del primero de julio de mil novecientos treinta y seis si son mujeres.

Artículo 41.- El monto de la pensión que se otorgue a los asegurados que acrediten las edades señaladas en el artículo 38°

será equivalente al cincuenta por ciento de su remuneración o ingreso de referencia siempre que tengan:

a) Los hombres quince años completos de aportación; y

b) Las mujeres trece años completos de aportación.

Dicho porcentaje se incrementará en dos por ciento si son hombres y dos y medio por ciento si son mujeres, por cada año adicional completo de aportación. (*)

(*) De conformidad con el numeral 1.1 del Artículo 1 de la Ley N° 27617, publicada el 01-01-2002, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para efectos de la determinación del monto de la pensión de jubilación normada por los Artículos 41, 44 y 73 del Decreto Ley N° 19990, Ley de creación del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), y por los Artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25967, mediante decreto supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrán modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia, así como los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación.

Artículo 42.- Los asegurados obligatorios así como los asegurados facultativos a que se refiere el inciso b) del artículo 4, que acrediten las edades señaladas en el artículo 38, que tengan cinco o más años de aportación pero menos de quince o trece años según se trate de hombres o mujeres, respectivamente, tendrán derecho a una pensión reducida equivalente a una treintava o una veinticincoava parte respectivamente, de la remuneración o ingreso de referencia por cada año completo de aportación.

Para los asegurados que al momento de su inscripción tengan sesenta o más años de edad si son hombres y cincuenticinco o más años si son mujeres, la pensión a que se refiere el párrafo anterior será determinada sobre una base que no podrá exceder de tres veces la remuneración mínima vital mensual del lugar de su trabajo habitual, cualesquiera que sean las remuneraciones o ingresos que efectivamente hubieran percibido y sobre la totalidad de las cuales deberán haber aportado.

Artículo 43.- Si el beneficiario de una pensión de jubilación tuviera cónyuge a su cargo o hijos en edad de percibir pensión de orfandad, el monto de la pensión se incrementará en dos por ciento de la remuneración o ingreso de referencia por cada uno de ellos. Dichos incrementos se mantendrán en tanto subsistan las causas que les dieron origen.

En ningún caso el monto de la pensión podrá exceder del ochenta por ciento de la remuneración o ingreso de referencia.(*).

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 43.- si al momento de producirse la contingencia, según el Art. 80, el beneficiario de una pensión de jubilación tuviera cónyuge a su cargo y/o hijos en edad de percibir pensión de orfandad, el monto de la pensión se incrementará en un porcentaje comprendido entre el 2 y el 10 por ciento de la remuneración o ingreso de referencia por el cónyuge y entre el 2 y el 5 por ciento por cada hijo. El Reglamento fijará las tasas diferenciales según las remuneraciones o ingresos de referencia, de modo de beneficiar en particular a los de menor monto. Dichos incrementos se mantendrán en tanto subsistan las causas que les dieron origen”.

Artículo 44.- Los asegurados, a partir de los cincuenticinco años de edad, si son hombres y cincuenta años si son mujeres, podrán jubilarse a condición de tener treinta o veinticinco años completos de aportación, respectivamente, reduciéndose en este caso la pensión en cinco por ciento por cada año de adelanto respecto de sesenta o cincuenticinco años de edad.

Si el pensionista a que se refiere el presente artículo reiniciara actividad remunerada, al cesar en ésta, se procederá a una nueva liquidación de su pensión, sobre la base de los tres últimos años aportados, aunque no fueran consecutivos, pero la nueva remuneración

de referencia no podrá exceder a la anterior en una cifra superior a una remuneración mínima vital del lugar de su trabajo habitual.

En ningún caso se modificará el porcentaje de reducción por adelanto en la edad de jubilación ni se podrá adelantar por segunda vez esta edad. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 44.- Los trabajadores que tengan cuando menos 55 o 50 años, de edad y 30 ó 25 años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente, tienen derecho a pensión de jubilación”.

Asimismo, tienen derecho a pensión de jubilación en los casos de reducción o despedida total del personal, de conformidad con el Decreto Ley N° 18471, los trabajadores afectados que tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, y 15 o 13 años de aportación, según sean hombres o mujeres, respectivamente.

En los casos a que se refieren los 2 párrafos anteriores, la pensión se reducirá en 4 por ciento por cada año de adelanto respecto de 60 a 55 años de edad, según se bate de hombres o mujeres, respectivamente.

En ningún caso se modificará el porcentaje de reducción por adelanto en la edad de jubilación ni se podrá adelantar por segunda vez esta edad.

Si el pensionista a que se refiere el presente artículo reiniciare actividad remuneraría, al cesar ésta se procederá a una nueva liquidación de la pensión de conformidad con lo establecido en el quinto párrafo del Art. 45”. (*)

(*) De conformidad con el numeral 1.1 del Artículo 1 de la Ley N° 27617, publicada el 01-01-2002, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para efectos de la determinación del monto de la pensión de jubilación normada por los Artículos 41, 44 y 73 del Decreto Ley N° 19990, Ley de creación del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), y por los Artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25967, mediante decreto supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrán modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia, así como los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación.

Artículo 45.- Es incompatible la percepción de pensión de jubilación por un pensionista que hubiese sido asegurado obligatorio o facultativo a que se refiere el inciso b) del artículo 4, con el desempeño de trabajo remunerado para cualquier empleador o en cualquier empresa de propiedad social, cooperativa o similar.

Asimismo, es incompatible la percepción de pensión de jubilación por un pensionista a que hubiese sido asegurado facultativo a que se refiere el inciso a) del artículo 4, con el desempeño de la misma actividad económica independiente por la que se pagó aportaciones o de trabajo remunerado para cualquier empleador o en cualquier empresa de propiedad social, cooperativa o similar.

El desempeño por el pensionista de trabajo remunerado o de la misma actividad económica independiente, según el caso, dará lugar a la suspensión del pago de la pensión estando obligado a devolver las pensiones recibidas durante el tiempo que hubiese obtenido remuneraciones o ingresos provenientes de dicho trabajo o actividad.

Al cesar el trabajo o actividad, se reiniciará el pago de la pensión a que tenía derecho. Dicha pensión será aumentada en la cantidad que resulte de multiplicar el porcentaje de incremento anual que corresponda de conformidad con los artículos 41 ó 48 por los nuevos años completos de aportación, teniendo como base la nueva remuneración o el nuevo ingreso de referencia. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 20604, publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 45.- Es incompatible la percepción de pensión de jubilación por un pensionista que hubiese sido asegurado obligatorio o facultativo a que se refiere el inciso b) del Art. 4, con el desempeño de trabajo remunerado para cualquier empleador o en cualquier empresa de propiedad social, cooperativa o similar.

Asimismo, es incompatible la percepción de pensión de jubilación por un pensionista que hubiese sido asegurado facultativo a que se refiere el inciso a) del Art. 4, con el desempeño de la misma actividad económica independiente por la que se pagó aportaciones, de trabajo remunerado para cualquier empleador o en cualquier empresa de propiedad social, cooperativa o similar.

El desempeño por el pensionista de trabajo remunerado y de la misma actividad económica independiente, según el caso, dará lugar a la suspensión del pago de la pensión estando obligado a devolver las pensiones recibidas durante el tiempo que hubiese obtenido remuneraciones o ingresos provenientes de dicho trabajo o actividad.

A este efecto, Seguro Social del Perú recuperará mediante acción coactiva las sumas indebidamente cobrada pudiendo también compensar las sumas que se le adeudare por tal concepto, reteniendo una suma igual al 60 por ciento de las pensiones que pudieren corresponder al pensionista cuando cesare en el trabajo o actividad remunerada, hasta cubrir el importe de las prestaciones cobradas indebidamente.

Al cesar en el trabajo o actividad, se procederá a una nueva liquidación de la pensión, sobre la base de la nueva remuneración o ingreso de referencia, la misma que para este efecto no podrá exceder a la anterior en una cifra superior a una remuneración mínima vital del hogar de trabajo habitual del, asegurado”

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28678, publicada el 03 marzo 2006, vigente a los sesenta días posteriores a su publicación, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 45.- El Pensionista que se reincorpore a la actividad laboral como trabajador dependiente o independiente elegirá entre la remuneración o retribución que perciba por sus servicios prestados o su pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones. Al cese de su actividad laboral percibirá el monto de su pensión primitiva con los reajustes que se hayan efectuado, así como los derechos que hubiera generado en el Sistema Privado de Pensiones, la misma que se restituirá en un plazo no mayor a sesenta (60) días.

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

La ONP mediante acción coactiva recuperará las sumas indebidamente cobradas, en caso de que superen el cincuenta por ciento (50%) de la UIT y no se suspenda la pensión por el Sistema Nacional de Pensiones. Para tal caso pueden también ser compensadas las sumas que se le adeudare por tal concepto, reteniendo una suma igual al sesenta por ciento (60%) de las pensiones que pudieran corresponder al pensionista cuando cese en el trabajo, hasta cubrir el importe de las prestaciones cobradas indebidamente.

El aporte de los trabajadores pensionistas será tanto en la pensión como en la remuneración de acuerdo al porcentaje estipulado en la ley para cada uno de estos ingresos.”

CONCORDANCIA: Ley N° 28991, Art. 7

Artículo 46.- La pensión de jubilación caduca por fallecimiento del pensionista.

SECCIÓN II

B.- RÉGIMEN ESPECIAL DE JUBILACIÓN

Artículo 47.- Están comprendidos en el régimen especial de jubilación los asegurados obligatorios y los facultativos a que se refiere el inciso b) del artículo 4, en ambos casos, nacidos antes del primero de Julio de mil novecientos treintinueve o antes del primero de Julio de mil novecientos treinta y seis, según se trate de hombres o mujeres, respectivamente, que a la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, estén inscritos en las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social o del Seguro Social del empleado.

Artículo 48.- El monto de la pensión que se otorgue a los asegurados comprendidos en el artículo anterior, que acrediten las edades señaladas en el artículo 38, será equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración de referencia por los primeros cinco años completos de aportación. Dicho porcentaje se incrementará en uno punto dos por ciento si son hombres y uno punto cinco por ciento si son mujeres, por cada año completo adicional de aportación.

Artículo 49.- Son aplicables a los pensionistas del Régimen Especial de Jubilación los artículos 43, 44, 45 y 46

CAPÍTULO III

PENSIONES DE SOBREVIVIENTES

Artículo 50.- Son pensiones de sobrevivientes las siguientes:

- a) De viudez;
- b) De orfandad; y
- c) De ascendientes.

Artículo 51.- Se otorgará pensión de sobrevivientes:

- a) Al fallecimiento de un asegurado con derecho a pensión de invalidez o jubilación;
- b) Al fallecimiento de un asegurado a consecuencia de accidente común estando en período de aportación;
- c) Al fallecimiento de un asegurado a consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional si los riesgos no se encuentran cubiertos por el Decreto Ley N° 18846; y
- d) Al fallecimiento de un pensionista de invalidez o jubilación.

Si el causante hubiese tenido derecho indistintamente a dos pensiones para el cálculo de las pensiones de sobrevivientes se tomará en cuenta la de mayor monto. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 51.- Se otorgará pensión de sobrevivientes:

- a) Al fallecimiento de un asegurado con derecho a pensión de jubilación o que de haberse invalidado hubiere tenido derecho a pensión de invalidez;
- b) Al fallecimiento de un asegurado a consecuencia de accidente común estando en periodo de aportación;
- c) Al fallecimiento de un asegurado a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional si los riesgos no se encuentran cubiertos por el Decreto Ley N° 18846; y
- d) Al fallecimiento de un pensionista de invalidez o jubilación.

Si el causante hubiese tenido derecho indistintamente a dos pensiones de sobrevivientes se tomará en cuenta la de mayor monto”.

Artículo 52.- Se otorgará también pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Ley.

Al fallecimiento de un beneficiario de pensión por incapacidad permanente o gran incapacidad, concedida conforme al Decreto Ley N° 18846.

En este caso el monto de las pensiones será calculado sobre la base de la pensión otorgada de conformidad con el Decreto Ley N° 18846 o de la que le pudiera corresponder con sujeción al presente Decreto Ley, si ésta fuese mayor.

SECCIÓN I

PENSIÓN DE VIUDEZ

CONCORDANCIAS: Ley N° 28666 (Ley que otorga Bonificación permanente a los pensionistas del derecho derivado de viudez que sean mayores de 70 años en el Régimen del Decreto Ley N° 19990)

Artículo 53.- Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:

- a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;
- b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y
- c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.

Artículo 54.- El monto máximo de la pensión de viudez (*) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante.

(*) Frase "de viudez" declarada inconstitucional por el inciso D) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

Artículo 55.- El viudo y la viuda inválidos con derecho a pensión, que requieran del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirán además, la bonificación mensual a que se refiere el Artículo 30, en las condiciones señaladas en dicho artículo.

SECCIÓN II

PENSIÓN DE ORFANDAD

Artículo 56.- Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

- a) Hasta que el beneficiario cumpla veintinueve años, siempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación; y

(*) Frase ‘Hasta que el beneficiario cumpla veintinueve años’ declarada inconstitucional por el inciso B) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

- b) Para los hijos inválidos mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo.

Artículo 57.- El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante. En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada. (*)

(*) Oración 'El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante' declarada inconstitucional por el inciso C) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30°.

SECCIÓN III

PENSIÓN DE ASCENDIENTES

Artículo 58.- Tienen derecho a pensión de ascendiente, el padre y/o la madre del asegurado o pensionista fallecido siempre que, a la fecha del deceso de éste, concurren las condiciones siguientes:

- a) Ser inválido o tener sesenta o más años de edad el padre y cincuenticinco o más años de edad la madre;
- b) Dependere económicamente del causante;
- c) No percibir rentas superiores al monto de la pensión que le correspondería; y
- d) No existir beneficiarios de pensión de viudez y orfandad, o, en el caso de existir éstos, quede saldo disponible de la pensión del causante, deducidas las pensiones de viudez y/u orfandad.

Artículo 59.- El monto máximo de la pensión de ascendientes será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES GENERALES SOBRE PENSIONES DE SOBREVIVIENTES

Artículo 60.- Se otorgará pensiones de sobrevivientes, únicamente cuando a la fecha del fallecimiento del causante, el de beneficiario reúna las condiciones establecidas en el presente Decreto Ley para el goce de este derecho. Las pensiones de sobrevivientes se generan en dicha fecha.

Artículo. 61.- Para los efectos del otorgamiento de las pensiones de sobrevivientes, se considera inválido al sobreviviente que en razón de su estado físico y/o mental se encuentra permanentemente incapacitado para trabajar. La invalidez será declarada conforme al artículo 26°.

Artículo 62.- Cuando la suma de los porcentajes máximos que corresponden al cónyuge y a cada uno de los huérfanos de conformidad con los artículos 54 y 57, respectivamente, excediese al cien por ciento de la pensión de invalidez o de jubilación que percibía o hubiere tenido derecho a percibir el causante, dichos porcentajes se reducirán, proporcionalmente de manera que la suma de todos los porcentajes así reducidos no exceda del cien por ciento de la referida pensión. En tal caso, las pensiones de viudez y orfandad equivaldrán a los porcentajes que resulten. Para la suma indicada no se tomará en cuenta la bonificación a que se refieren los artículos 55 y 57.

Artículo 63.- De aumentar o reducirse el número de beneficiarios los montos de las pensiones se reajustarán en forma proporcional, sin que en ningún caso se sobrepase el porcentaje máximo que se puede percibir por cada pensión.

Si como resultado de haber aumentado el número de beneficiarios desapareciera el saldo que dio origen a pensión de ascendientes, se extinguirá el derecho a ésta.

Artículo 64.- Se suspende el pago de la pensión de sobrevivientes sin derecho a reintegro, según el caso, por:

a) No acreditar semestralmente su supervivencia el beneficiario que no cobra personalmente su pensión;

b) No someterse el pensionista inválido a la evaluación de su estado en las oportunidades que se le indique;

c) No acreditar anualmente el beneficiario que se refiere el inciso a) del artículo 56 su derecho a continuar percibiendo la pensión; y

d) Percibir el beneficiario, con excepción de la viuda, remuneración o ingreso asegurables superiores a dos remuneraciones mínimas vitales del lugar de su trabajo habitual.

Artículo 65.- Caduca la pensión de sobrevivientes según el caso, por:

- a) Contraer matrimonio el beneficiario;
- b) Recuperar el beneficiario inválido la capacidad laboral;
- c) Alcanzar el huérfano la edad máxima para el goce del beneficio o interrumpir sus estudios; y
- d) Fallecimiento del beneficiario.

Artículo 66.- En caso de contraer matrimonio el pensionista de viudez, se le otorgará por una sola vez una asignación equivalente a doce mensualidades de la pensión que percibía, sin que tal asignación pueda exceder del doble de la pensión máxima mensual a que se refiere el artículo 78.

CAPÍTULO V

CAPITAL DE DEFUNCIÓN

Artículo 67.- Al fallecimiento de un asegurado que percibía o hubiera tenido derecho a percibir pensión de jubilación o de invalidez, de acuerdo al presente Decreto Ley, y únicamente en caso que no deje beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivientes, se otorgará capital de defunción en orden excluyente a las siguientes:

- a) Al cónyuge;
- b) A los hijos;
- c) A los padres; y
- d) A los hermanos menores de 18 años.

Artículo 68.- En caso de existir beneficiarios con igual derecho, el capital de defunción será distribuido en forma proporcional al número de ellos.

Artículo 69.- El capital de defunción no podrá exceder del monto de la pensión máxima mensual a que se refiere al artículo 78 y será equivalente a seis remuneraciones o ingresos de referencia. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28071, publicada el 26-09-2003, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 69.- El Capital de Defunción no podrá exceder del monto de la pensión máxima mensual a que se refiere el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990, vigente al momento del fallecimiento, dicho Capital de Defunción será equivalente a seis remuneraciones o ingresos de referencia.

De tratarse del fallecimiento de un pensionista que percibía pensión de jubilación o invalidez, y en caso que el Capital de Defunción resulte menor al monto que como pensión mínima le correspondía al momento de su fallecimiento y teniendo en cuenta los años de aportación reconocidos, el Capital de Defunción será nivelado a dicho monto.”

CAPÍTULO VI

DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LAS PRESTACIONES

Artículo 70.- Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13, aún cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones. Son también períodos de aportación los de licencia con goce de remuneración otorgados por enfermedad o maternidad a los trabajadores del Sector Público Nacional regidos por la Ley N° 11377.

Se consideran períodos de aportación los siguientes:

a) Los períodos durante los cuales el asegurado haya estado en goce de subsidios de enfermedad-maternidad; y

b) Los períodos durante los cuales el asegurado haya estado en goce de subsidios diarios por incapacidad temporal otorgados de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 18846. (*)

(*) Artículo modificado por la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28991, publicada el 27 marzo 2007, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 70.- Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13. Son también períodos de aportación las licencias con goce de remuneraciones otorgadas por ley o por el empleador, así como los períodos durante los cuales el asegurado haya estado en goce de subsidio.

Corresponde al empleador cumplir con efectuar la retención y el pago correspondiente por concepto de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones de sus trabajadores. La ONP, para el otorgamiento del derecho a pensión, deberá verificar el aporte efectivo, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento para dichos efectos.”

CONCORDANCIA: D.S. N° 082-2001-EF

Artículo 71.- Para los asegurados facultativos se considera como períodos de aportación los meses por los que paguen aportaciones. Para estos asegurados se considera, además, los períodos durante los cuales hubiesen sido asegurados obligatorios.

No serán consideradas para el otorgamiento y cálculo de las prestaciones, las aportaciones de los asegurados facultativos correspondientes al período anterior a la fecha en que se produjo el riesgo, que hubiesen sido abonadas con posterioridad a dicha fecha.

Artículo 72.- Las semanas o meses de prestación de servicios como asegurado de la Caja de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, se computarán, sin excepción, como semanas o meses de aportación al Sistema Nacional de Pensiones, para los efectos de las prestaciones que éste otorga, aún cuando el empleador o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar no hubiere efectuado el pago de las aportaciones.

En el caso de que un asegurado haya sido remunerado semanalmente y luego mensualmente, o a la inversa, se entenderá que cuatro y un tercio semanas de aportación equivalen a un mes

aportado, no debiendo contarse para esta equivalencia las fracciones.

Artículo 73.- El monto de las prestaciones para los asegurados obligatorios y para los facultativos a que se refiere el inciso b) del artículo 4, se determinará en base a la remuneración de referencia.

La remuneración de referencia es igual al promedio mensual de las remuneraciones asegurables, definidas por el artículo 8°, percibidas por el asegurado en los últimos treintiséis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos cuarentiocho o sesenta meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.

Si durante dichos treintiséis, cuarentiocho o sesenta meses, según el caso, existiesen períodos en que no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios en razón de accidente, enfermedad, maternidad o paro forzoso, se tomarán en cuenta dichos períodos hasta un máximo de seis meses, para el cálculo de la remuneración de referencia, en la forma que determine el Reglamento. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 73.- El monto de las prestaciones, para los asegurados obligatorios y los facultativos a que se refiere el inciso b) del Art. 4, se determinará en base a la remuneración de referencia.

La remuneración de referencia es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre 12 el total de remuneraciones asegurables, definidas por el Art. 8, percibidas por el asegurado en los últimos 12 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos 36 o 60 meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.

Si durante dichos 12, 36 ó 60 meses no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios en razón de accidente, enfermedad maternidad, licencia con goce de haber de conformidad con la Ley N° 11377, o paro forzoso, se sustituirá dichos períodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores”. (*)

(*) De conformidad con el numeral 1.1 del Artículo 1 de la Ley N° 27617, publicada el 01-01-2002, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para efectos de la determinación del monto de la pensión de jubilación normada por los Artículos 41, 44 y 73 del Decreto Ley N° 19990, Ley de creación del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), y por los Artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25967, mediante decreto supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrán modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia, así como los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación.

Artículo 74.- El monto de las prestaciones para los asegurados facultativos a que se refiere el inciso a) del artículo 4 se determinará en base al ingreso de referencia, que es igual al promedio de los ingresos asegurable de los últimos sesenta meses y por los que se hubiese pagado aportaciones.

Artículo 75.- Cada remuneración o ingreso asegurable mensual que se tome en cuenta para establecer la remuneración o ingreso de referencia será considerado hasta el límite máximo a que se refiere el primer párrafo del artículo 10.

Artículo 76.- Si el total de meses aportados fuera inferior a treintiséis el promedio se calculará sobre la base de las remuneraciones o ingresos asegurables percibidos desde el primer mes hasta el último de aportación, aplicándose lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 73, si hubiese lugar. En caso de que el riesgo se hubiere producido antes de tener el asegurado un mes de aportación se considerará como remuneración o ingreso de referencia, el que hubiera podido percibir en un mes. (*)

(*) Artículo sustituido por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 76.- Si el total de meses aportados fuera inferior a doce, o a 60 en el caso de asegurados facultativos a que se refiere el inciso a) del Art. 4, el promedio se calculará sobre la base de las remuneraciones o ingresos asegurables percibidos desde el primer mes hasta el último de aportación. En caso de que el riesgo se hubiere producido antes de tener el asegurado un mes de aportación, se considerará como remuneración o ingreso de referencia, el que hubiera podido percibir en ese mes”.

Artículo 77.- Si en los últimos cinco años anteriores a la fecha de ocurrida la contingencia, hubiera incremento excesivo de las remuneraciones o de los ingresos asegurables, tendientes a aumentar indebidamente el monto de las prestaciones, el cálculo de las mismas se efectuará sin considerar dicho incremento.

El Reglamento determinará los criterios que se tomarán en cuenta para calificar el carácter excesivo de los incrementos que hubieran tendido a aumentar indebidamente el monto de las prestaciones.

Artículo 78.- El Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales previo estudio actuarial propondrá al Ministro de Trabajo el monto máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones el que será fijado por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Artículo 79.- Los reajustes de las pensiones otorgadas serán fijados por Resolución Ministerial a propuesta del Consejo Directivo Unico de los Seguros Sociales, previo estudio actuarial que tenga en cuenta, las variaciones en el costo de vida. Dichos reajustes se efectuarán por tasas diferenciales según el monto de las pensiones de modo de beneficiar en particular a las menores.

No podrá sobrepasarse el límite señalado en el artículo anterior, por efecto de uno o más reajustes, salvo que dicho límite sea a su vez reajustado.

Artículo 80.- El derecho a la prestación se genera en la fecha en que se produce la contingencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31.

Para los efectos de las pensiones de jubilación, se considera que la contingencia se produce cuando, teniendo derecho a la pensión:

- a) El asegurado obligatorio cesa en el trabajo para acogerse a la jubilación;
- b) El asegurado facultativo comprendido en el inciso a) del artículo 4 deja de percibir ingresos afectos; y
- c) El asegurado facultativo comprendido en el inciso b) del artículo 4, solicita su pensión no percibiendo ingresos por trabajo remunerado.

El asegurado podrá iniciar el trámite para obtener la pensión de jubilación antes de cesar en el trabajo o de dejar de percibir ingresos asegurables. Sin embargo, el pago de la pensión sólo comenzará cuando cese en el trabajo o deje de percibir ingresos asegurables, pasando a la condición de pensionista.

Artículo 81.- Sólo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un período no mayor de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud del beneficiario.

Artículo 82.- Prescribe la obligación de la Caja Nacional de Pensiones de efectuar el pago de las mensualidades correspondientes a las pensiones otorgadas, así como de las demás prestaciones, a los tres años contados a partir de la fecha en que debieron ser cobradas.

No corre el término para la prescripción:

- a) Contra los menores o incapaces que no estén bajo el poder de sus padres, o de un tutor o curador; y,

b) Mientras sea imposible reclamar el derecho en el país, salvo que el pensionista se encuentre prófugo de la justicia.

Artículo 83.- Cuando el beneficiario tenga derecho a una o más pensiones otorgadas de acuerdo al presente Decreto Ley la suma de todas no podrá exceder de la pensión máxima a que se refiere el artículo 78.

Artículo 84.- Las pensiones del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social serán embargables hasta el cincuenta por ciento por deudas provenientes de pensiones alimenticias. Serán también embargables hasta el sesenta por ciento para el pago de la reparación civil por delitos en agravio del Estado. Si concurrieran embargos por ambas causas tendrán prioridad los de alimentos.

En ningún caso se podrá embargar más del sesenta por ciento de la pensión.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, la Caja Nacional de Pensiones podrá retener hasta el diez por ciento de la pensión por adeudos provenientes de pensiones pagadas en exceso por causas no imputables al pensionista.

La Caja Nacional de Pensiones descontará del capital de defunción el importe de las pensiones pagadas en exceso al pensionista fallecido.(*).

(*) Artículo modificado por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente

“Artículo 84.- Las pensiones del Sistema Nacional de Pensiones de la seguridad Social serán embargables hasta el 50 por ciento por deudas provenientes de pensiones alimenticias.

Serán también embargables hasta el 60 por ciento para el pago de la reparación civil por delitos contra el patrimonio en agravio del Estado o el que incluye el del Sector Público Nacional. Si concurrieran embargos por ambas causas tendrán prioridad los de alimentos.

En ningún caso se podrá embargar más del 60 por ciento de la pensión.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores y en el cuarto párrafo del Art. 45 Seguro Social del Perú podrá retener hasta el 20 por ciento de la pensión por adeudos provenientes de prestaciones pagadas en exceso por causas no imputables al pensionista. La retención y los embargos no podrán exceder del 70 por ciento de la pensión.

Seguro Social del Perú descontará del capital de defunción el importe de las pensiones pagadas en exceso al pensionista Fallecido”.

CONCORDANCIA: Ley N° 28991, Art. 7

CAPÍTULO VII

DE LAS PRESTACIONES DE SALUD PARA PENSIONISTAS

Artículo 85.- Los pensionistas de invalidez o jubilación del Sistema Nacional de Pensiones que hubieren sido asegurados de las Cajas de Enfermedad Maternidad de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado solo tienen derecho a las prestaciones de salud por el sistema de prestación directa, y no así a los subsidios en dinero, que otorgan dichas Cajas.

Artículo 86.- Las aportaciones de los pensionistas de invalidez o jubilación para cubrir el seguro de salud serán equivalentes al cuatro por ciento del monto de la pensión, que les será retenido por la Caja Nacional de Pensiones y entregado a las Cajas de Enfermedad-Maternidad del Seguro Social del Empleado o de la Caja Nacional de Seguro Social, según corresponda.

Artículo 87.- Si los pensionistas de invalidez o jubilación radican en zonas en las que no sea factible el otorgamiento de prestaciones asistenciales directas, podrán recibirlas en los lugares en

que sea factible el otorgamiento de las mismas, salvo que decidan renunciar a este derecho, en cuyo caso se suspenderá el descuento a que se refiere el artículo anterior.

TÍTULO V

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 88.- La Caja Nacional de Pensiones podrá aplicar multas por infracciones al presente Decreto Ley hasta por una suma equivalente a cinco veces el monto máximo señalado en la primera parte del artículo 10.(*).

(*) Artículo modificado por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 88.- Seguro Social del Perú podrá aplicar multas por infracciones al presente Decreto Ley y a su Reglamento hasta por una suma equivalente a cinco veces el monto máximo señalado en la primera parte del Art. 10”.

Artículo 89.- Todo asegurado tiene derecho a formular ante la Caja Nacional de Pensiones las denuncias o reclamaciones que crea necesarias en relación a sus derechos, así como a hacer las declaraciones que, siendo obligación de empleadores, empresas de propiedad social, cooperativas o similares, sean omitidas por éstos.

Artículo 90.- No están comprendidos en el régimen del presente Decreto Ley los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley N° 18846.

Artículo 91.- El Reglamento del presente Decreto Ley establecerá las normas para la inscripción, forma de pago de aportaciones, y demás disposiciones necesarias para la aplicación del presente Decreto Ley.

TÍTULO VI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- El Sistema Nacional de Pensiones entrará en vigencia a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés.

SEGUNDA.- Los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado quedarán integrados, a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés, al Sistema Nacional de Pensiones, siéndoles aplicables todas las disposiciones del presente Decreto Ley.(*).

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Segunda Disposición Transitoria - Los asegurados y pensionistas de las Cajas de Pensionistas de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado o así como los pensionistas de invalidez del régimen de la Ley N° 8433 quedarán integrados, a partir del 1 de mayo de 1973, al Sistema Nacional de Pensiones, siéndoles aplicables todas las disposiciones del presente Decreto - Ley”.

TERCERA.- La obligación de pago de las aportaciones al presente Sistema se genera a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés. En tanto se establece el modo de pago de las aportaciones a que se refiere el artículo 11, éstas serán pagadas en la forma en que se han venido abonando las aportaciones a las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y del Seguro Social del Empleado, según corresponda.

CUARTA.- Las prestaciones que acuerda el presente Decreto Ley se otorgarán por contingencias ocurridas a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitrés.

Las prestaciones por contingencias ocurridas con anterioridad al primero de mayo de mil novecientos setentitrés, se

otorgarán de conformidad con las disposiciones vigentes al momento en que se produjeron.

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Cuarta Disposición Transitoria - Las prestaciones que acuerda el presente Decreto - Ley se otorgarán por contingencias ocurridas a partir del 01 de mayo de 1973.

Las prestaciones por contingencias ocurridas con anterioridad al 1 de Mayo de 1973, se otorgarán de conformidad con las disposiciones vigentes al momento en que se produjeron, siendo de aplicación lo dispuesto en el Art. 72 en los casos en que a dicha fecha no hubiera resolución consentida o ejecutoriada relativa a las prestaciones correspondientes”.

QUINTA.- Se fija los siguientes porcentajes iniciales para las aportaciones a que se refiere el artículo 7:

a) Desde el primero de mayo de mil novecientos setentitres hasta el treintuno de diciembre de mil novecientos setenticuatro, el seis por ciento; y,

b) Desde el primero de enero de mil novecientos Setenticinco, el siete y medio por ciento.

SEXTA.- Se fija a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitres los siguientes montos máximos iniciales:

a) Como remuneración máxima asegurable mensual a que se refiere el primer párrafo del artículo 10, la suma de treinta y siete mil quinientos soles; y,

b) Como pensión máxima mensual a que se refiere el artículo 78, la suma de treinta mil soles.

SETIMA.- Al fallecimiento de los actuales pensionistas cuyas pensiones de invalidez o jubilación fueron otorgadas por la Caja Nacional de Seguro Social, sus sobrevivientes con derecho a pensión percibirán, además de las pensiones que les correspondan, el capital de defunción a que tenían derecho de conformidad con la Ley N° 8433.

OCTAVA.- Las pensiones de vejez a que se refieren los artículos 46 y 47 de la Ley N° 8433 continuarán siendo abonadas por la Caja Nacional de Pensiones a los asegurados que ya gozaban de ellas.

Estas pensiones serán también otorgadas a los asegurados inscritos antes del siete de Agosto de mil novecientos sesentinueve que al primero de mayo de mil novecientos setentitres tuvieren la edad y el número de aportaciones señaladas por dichos artículos y las solicitaren dentro del término de treinta días útiles contados a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitres. En ambos casos, se aplicará a estas pensiones las normas pertinentes en vigencia antes de esta última fecha.

En los casos previstos en la presente disposición transitoria no será de aplicación el artículo 45 de este Decreto Ley.(*).

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Octava Disposición Transitoria - Las prestaciones de vejez a que se refieren los Arts. 46 y 47 de la Ley 8433 continuarán siendo abonadas por Seguro Social del Perú a los asegurados que ya gozaban de ellas.

Estas pensiones serán también otorgadas a los asegurados inscritos antes del 7 de agosto de 1961 que al 1 de mayo de 1973 tuvieren la edad y el número de aportaciones señaladas por dichos artículos, y solicitaren dichas pensiones hasta 30 días útiles después de la fecha de publicación del Reglamento.

En ambos casos, se aplicará a estas pensiones las normas pertinentes en vigencia antes del 1o de mayo de 1973.

En los casos previstos en la presente disposición transitoria no será de aplicación el Art. 45. De este Decreto -Ley”.

NOVENA.- Las pensiones de jubilación de los trabajadores obreros del Régimen Especial de Jubilación no podrán ser inferiores a las que resultarían de aplicarse la fórmula de cálculo establecida en los artículos 84 y 85 del Reglamento de la Ley N° 13640 que se deroga por el presente Decreto Ley.

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Novena Disposición Transitoria - Las pensiones de jubilación de los trabajadores obreros del Régimen Especial de Jubilación en servicio al 1 De mayo de 1973 o de los que se los hubieren acogido a la jubilación con anterioridad a dicha fecha, no podrán ser inferiores a las que resultarían de no aplicarse la fórmula de cálculo que a la misma fecha aplicaba la Caja Nacional de Seguro Social en interpretación en los Arts. 84 y 85 Del Reglamento de la Ley N° 13640 que se deroga por el presente Decreto - Ley”.

DECIMA.- El pago de las pensiones a los empleados jubilados con anterioridad al primero de mayo de mil novecientos setentitres bajo el régimen del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, será asumido por la Caja Nacional de Pensiones en las mismas condiciones en que fueron concedidas, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del presente Decreto Ley. Corresponde a los empleadores, en su caso, la obligación de continuar abonando la parte complementaria de la pensión a que se refiere el segundo párrafo del artículo 16 y el artículo 18 del Decreto Ley N° 17262.

El pensionista del régimen del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que al primero de mayo de mil novecientos setentitres goce, además, de pensión de vejez, invalidez o jubilación de la Caja de Pensiones de Seguro Social del Empleado o la tenga en trámite, mantendrá el derecho a percibir ambas pensiones; siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 83 del presente Decreto Ley. En cualquier otro caso será incompatible el goce simultáneo de las pensiones de invalidez o jubilación establecidas en el presente Decreto Ley con aquellas que provengan del Decreto Ley N° 17262; pudiendo el beneficiario optar por la que le convenga.

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Décima Disposición Transitoria.- El pago de las pensiones a los empleados jubilados con anterioridad al 1 de mayo de 1973 bajo el régimen del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, será asumido por Seguro Social del Perú en las mismas condiciones en que fueron concedidas, siendo de aplicación lo dispuesto en el Art. 84 del presente Decreto - Ley. Corresponde a los empleadores, en su caso, la obligación de continuar abonando la parte complementaria de la pensión a que se refiere el segundo párrafo del Art. 16 y el Art. 18 del Decreto -Ley N° 17262.

El pensionista del régimen del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que al 1 de mayo de 1973 goce, además de dicha pensión, de pensión de vejez, invalidez o jubilación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, o hubiese a dicha fecha obtenido el derecho a ella, podrá percibir ambas pensiones hasta una suma total de 36 mil soles. En cualquier otro caso, será incompatible el goce simultáneo de las pensiones de invalidez o jubilación establecidas en el presente Decreto -Ley con aquellas que provengan del Decreto - Ley 17262; pudiendo el beneficiario optar por la que le convenga”.

DECIMO PRIMERA.- Los empleados en actual servicio comprendidos en el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que al primero de mayo de mil novecientos setentitres cuenten con veinte o más años de servicios o quince o más años de servicios, en caso de hombres o mujeres, respectivamente,

prestados al mismo empleador, o a dos empleadores, si fuese el caso del artículo 6 del Decreto Ley N° 17262, podrán optar entre acogerse al régimen del presente Decreto Ley o cesar en el trabajo, y solicitar simultáneamente su jubilación según el Decreto Ley N° 17262, en el término de treinta días útiles, contados a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitres. En este último caso, si el tiempo de servicios fuera menor de treinta o veinticinco años, según se trate de hombres o mujeres, respectivamente, la pensión será igual a tantas treintavas o veinticincoavas partes como años de servicios tengan acumulados.

Las pensiones otorgadas de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo anterior serán de cargo de la Caja Nacional de Pensiones.

Subsiste para los empleadores la obligación de pago de la parte complementaria de la pensión a que se refiere el segundo párrafo del artículo 16 y el artículo 18 del Decreto Ley N° 17262, siempre que el empleado tenga cuando menos veinticinco o veinte años de servicios prestados a un mismo empleador tratándose de hombres y mujeres, respectivamente.

Si estos trabajadores optasen por jubilarse de conformidad con el Decreto Ley N° 17262, deberán presentar al Gerente General de la Caja Nacional de Pensiones una solicitud con firma legalizada por notario público. Si no ejercitaran dicha opción dentro del término señalado quedarán automáticamente comprendidos en el Sistema Nacional de Pensiones y se considerará como período de aportación únicamente el que hubieren aportado a cualesquiera de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y/o del Seguro Social del Empleado.

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Décima primera disposición transitoria - Los empleados en actual servicio, comprendidos en el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que al 1 de mayo de 1973 cuenten con 20 o más años de servicio o 15 o más años de servicios, en caso de hombres o mujeres, respectivamente, prestados al mismo empleador, o a dos empleadores, si fuese el caso del Art. 6 del Decreto - Ley N° 17262, podrán optar entre acogerse al régimen del presente Decreto - Ley o solicitar su jubilación según el Decreto - Ley N° 17262, hasta 30 días útiles después de la fecha de publicación del Reglamento. En este último caso, si el tiempo de servicios fuera menor de 30 o 25 años, según se trate de hombres o mujeres, respectivamente, la pensión será igual a tantas treintavas o veinticincoavas partes como años completos de servicios tengan acumulados a la fecha de, presentación de la solicitud a que se refiere el quinto párrafo de la presente disposición.

Si el trabajador optase por acogerse a la jubilación según el Decreto - Ley N° 17262, podrá cesar o continuar en el trabajo, lo que deberá indicar en la solicitud de opción a que se refiere el quinto párrafo de la presente Disposición Transitoria. En caso que decidiese continuar en el trabajo, la pensión según el Decreto - Ley N° 17262 le será computada sobre la base del número de años de servicios que tuviese a la Fecha de presentación de la referida solicitud, quedando en suspenso su pago; al cesar en el trabajo podrá elegir entre la pensión según el Decreto - Ley N° 17262 cuyo pagó quedó en suspenso, o la pensión que le correspondería por el Sistema Nacional de Pensiones.

Las pensiones otorgadas de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo anterior serán de cargo de Seguro Social del Perú.

Subsiste para los empleadores la obligación de pago de la parte complementaria de la pensión a que se refiere el segundo párrafo del Art. 16 y el Art. 18 del Decreto - Ley N° 17262, siempre que el empleado tenga cuando menos 25 o 20 años de servicios prestados a un mismo empleador tratándose de hombres o mujeres respectivamente;

Si estos trabajadores optasen por jubilarse de conformidad con el Decreto Ley N° 17262 deberán presentar al Gerente de Pensiones y otras Prestaciones Económicas de Seguridad Social del Perú una solicitud con firma legalizada por notario público, o donde no lo hubiere, por juez de paz. Si no ejercitarán dicha opción dentro del término señalado, quedarán automáticamente comprendidos en el Sistema Nacional de Pensiones, y se considerará como periodo de

aportación únicamente el que hubieren, aportado a cualquiera de las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social y/o del Seguro Social del Empleado y al Sistema Nacional de Pensiones.

Los trabajadores del ex - FEJEP que estuvieron sujetos a la Ley N° 4916 y que al 1 de abril de 1973 pasaron a prestar servicios al Seguro Social del Empleado bajo el régimen de la Ley N° 11377, podrán también acogerse a la opción que establece la presente disposición transitoria a condición de que reúnan los requisitos exigidos, y presentar la correspondiente solicitud dentro del término que ella establece”.

DECIMO SEGUNDA.- Es incompatible, a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitres, la percepción de pensión bajo el régimen del Decreto Ley N° 17262, con el desempeño por el pensionista de trabajo remunerado para un empleador o empresa de propiedad social, cooperativa o similar. Si lo hiciera, se le suspenderá el pago de la pensión y estará obligado a devolver el importe de las pensiones durante el tiempo que duró el desempeño del trabajo remunerado. Al cesar éste, el pensionista podrá optar entre continuar recibiendo la pensión del régimen del Decreto Ley N° 17262 a que tenía derecho o la pensión que le correspondería por el Sistema Nacional de Pensiones.

Se exceptúa de esta disposición al pensionista del régimen del Decreto Ley N° 17262 que al primero de mayo de mil novecientos setentitres se encontraba trabajando, quien sólo podrá continuar haciéndolo en el mismo empleo sin que se le suspenda el pago de la pensión; esta se reducirá, sin embargo, de manera que la suma de la pensión y la remuneración no exceda al monto de la pensión máxima fijada por la primera parte del artículo 16 del Decreto Ley N° 17262, o sea de treinta y seis mil soles oro por mes (S/. 36,000.00).

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Décima segunda disposición transitoria - Es incompatible, a partir del 1 de mayo de 1973, la percepción de pensión bajo el régimen del Decreto - Ley N° 17262, con el desempeño por el pensionista de trabajo remunerado para un empleador o empresa de propiedad social, cooperativa o similar. Si lo hiciera, se le suspenderá el pago de la pensión y estará obligado a devolver el importe de las pensiones durante el tiempo que duró el desempeño del trabajo remunerado debiendo Seguro Social del Perú proceder en este caso, según lo establecido en el cuarto párrafo del Art. 45 del presente Decreto - Ley. Al cesar el trabajo remunerado el pensionista podrá optar entre continuar recibiendo la pensión del régimen del Decreto - Ley N° 17262 a que tenía derecho o la pensión que le corresponderá por el Sistema Nacional de Pensiones.

Se exceptúa de esta disposición al pensionista del régimen del Decreto - Ley N° 17262 que al 1 de mayo de 1973 se encontraba trabajando, quien sólo podrá continuar haciéndolo en el mismo empleo sin que se le suspenda el pago de la pensión; esta se reducirá, sin embargo, de manera que la suma de la pensión y la remuneración no exceda al monto de la pensión máxima fijada por la primera parte del Art. 16 del Decreto - Ley N° 17262, o sea de 36 mil soles oro por mes.

DECIMO TERCERA.- Podrán continuar como asegurados facultativos sólo para la obtención de pensiones de sobrevivientes:

a) Los pensionistas bajo el régimen del Decreto Ley N° 17262 que a la fecha de promulgación del presente Decreto Ley sean asegurados facultativos del Seguro Social del Empleado para el goce de prestaciones por riesgos diferidos; y

b) Los asegurados que se acojan al régimen del Decreto Ley N° 17262, de conformidad con la décima primera disposición transitoria.

En ambos casos, dichos pensionistas pagarán como aportación el tres por ciento de la última remuneración que

perciban hasta un máximo de doce mil soles, debiéndose otorgar y pagar las pensiones de sobrevivientes de conformidad con el artículo 102 de la Ley N° 13724 que para este solo efecto continuará en vigencia, y de conformidad con el presente Decreto Ley.

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Décimo tercera disposición transitoria - Podrán continuar como asegurados facultativos sólo para la obtención de pensiones de sobrevivientes:

a) Los pensionistas bajo el régimen del Decreto - Ley N° 17262 que a la fecha de promulgación del presente Decreto - Ley sean asegurados facultativos del Seguro Social del Empleado para el goce de prestaciones por riesgos diferidos; y

b) Los asegurados que habiéndose acogido al régimen del Decreto - Ley N° 17262, opten, al cesar en el trabajo, por percibir la pensión de dicho régimen, los mismos que sólo podrán dejar pensiones de sobrevivientes en las condiciones que fija la presente disposición transitoria.

En ambos casos dichos pensionistas pagarán como aportación el 3 por ciento de la última remuneración que perciban hasta un máximo de 12 mil soles, debiéndose otorgar y pagar las pensiones de sobrevivientes de conformidad con el Art. 102 de la Ley N° 13724 que para este solo efecto continuará en vigencia, y de conformidad con el presente Decreto - Ley.

DECIMO CUARTA.- Los empleados comprendidos en el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que al primero de mayo de mil novecientos setentitres se encuentren en actividad y tengan aportaciones a una o ambas Cajas de Pensiones de los Seguros Sociales cuando menos durante diez años, y que queden incorporados al Sistema Nacional de Pensiones, tendrán derecho, además de la pensión liquidada conforme a los artículos 41, 43, 44 ó 48 del presente Decreto Ley, según el caso, a una bonificación complementaria equivalente al veinte por ciento de la remuneración de referencia, si, al momento de solicitar pensión de jubilación acreditan cuando menos veinticinco o veinte años de servicios, tratándose de hombres o mujeres, respectivamente, a un mismo empleador o a dos si fuese el caso del artículo 6 del Decreto Ley N° 17262. En todo caso, se considerará como período de aportación anterior al primero de mayo de mil novecientos setentitres, únicamente el que tuvieron en cualquiera de las Cajas de Pensiones, y la pensión no podrá exceder del monto máximo a que se refiere el artículo 78.

(*) Disposición Transitoria modificada por el Art. 1 del Decreto Ley N° 20604 publicado el 07-05-74, cuyo texto es el siguiente:

“Décimo cuarta disposición Transitoria - Los empleados comprendidos en el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, que al 1 de mayo de 1973 se encuentren en actividad y tengan aportaciones a una o ambas Cajas de Pensiones de los Seguros Sociales cuando menos durante 10 años, y que queden incorporados al Sistema Nacional de Pensiones por no haber optado por acogerse al Decreto - Ley N° 17262, según lo establecido en la décima primera disposición transitoria del presente Decreto - Ley Tendrán derecho, además de la pensión liquidada conforme a los Arts: 31, 43, 44 o 48 del presente Decreto - Ley, según el caso, a una bonificación complementaria equivalente al 20 por ciento de la remuneración de referencia, si, al momento de solicitar pensión de jubilación acreditan cuando menos 25 o 20 años de servicios, tratándose de hombres o mujeres, respectivamente, a un mismo empleador o a dos si fuese el caso del Art. 6 del Decreto - Ley N° 17262. En todo caso, se considerará como período de aportación anterior al 1 de mayo de 1973, únicamente el que tuvieron en cualquiera de las Cajas de Pensiones, y la pensión no podrá exceder del monto máximo a que se refiere el Art. 78”.

DECIMO QUINTA.- Los empleados públicos en actual servicio que estuvieron comprendidos en el régimen de cesantía, jubilación y montepío y que con anterioridad al primero de mayo de mil novecientos setentitres fueron incorporados por mandato legal en el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares, se registrarán por

la décima primera disposición transitoria de este Decreto Ley, salvo que opten expresamente por reincorporarse al régimen de cesantía, jubilación y montepío.

DECIMO SEXTA.- La opción a que se refiere la disposición anterior se ejercitará en el término de treinta días útiles computados a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitres, mediante cartas notariales dirigidas al Gerente General de la Caja Nacional de Pensiones y al titular del pliego presupuestario correspondiente.

DECIMO SEPTIMA.- En el caso a que se refiere la décima quinta disposición transitoria, si el trabajador optare por su incorporación al Sistema Nacional de Pensiones se acumularán los períodos trabajados bajo ambos regímenes para el cómputo del tiempo de aportación siempre que no sean simultáneos.

Las entidades en que dichos trabajadores hubieren prestado servicios bajo el régimen de cesantía, jubilación y montepío, abonarán a la Caja Nacional de Pensiones, sin recargo por mora, las aportaciones que hubieran debido pagar a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado -incluso para períodos anteriores al primero de octubre de mil novecientos sesentidos- ; y a la Caja de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social; según el caso.

Asimismo, dichas entidades reintegrarán a los trabajadores, en el plazo que señale el Reglamento, la diferencia que resulte entre las sumas descontadas a los trabajadores y las que abonen a la Caja Nacional de Pensiones.

Si el trabajador se reincorporase al régimen de cesantía jubilación y montepío, se acumularán los períodos trabajados bajo ambos regímenes, siempre que no sean simultáneos, para el cómputo del tiempo de servicios, y la Caja Nacional de Pensiones entregará al Fondo de Pensiones las cantidades aportadas por aquél y sus empleadores a las Cajas de Pensiones de los Seguros Sociales, y el trabajador reintegrará a dicho Fondo, en el plazo que señale el Reglamento, la diferencia entre dicha suma y la que debió ser descontada para el régimen de cesantía, jubilación y montepío durante el período en que estuvo fuera de dicho régimen.

DECIMO OCTAVA.- Las pensiones de jubilación otorgadas de conformidad con la Ley N° 10624 y disposiciones modificatorias y ampliatorias, continuarán siendo abonadas sólo por las personas naturales o jurídicas obligadas a su pago y únicamente hasta por el monto mensual de cuarentiocho mil soles oro, monto máximo que señalaba el artículo 16 del Decreto Ley N° 17262.

DECIMO NOVENA.- La compensación por tiempo de servicios de los trabajadores empleados que hubieren ingresado a prestar servicios con posterioridad al once de julio de mil novecientos sesentidos, seguirá siendo computada hasta un máximo de doce mil soles en tanto se legisla específicamente sobre la materia; cantidad que no incluye el 30% a que se refiere la Ley N° 11725.

VIGESIMA.- El Ministerio de Trabajo reglamentará el presente Decreto Ley dentro del término de noventa días computados a partir de la fecha de su promulgación.

TÍTULO VII

DISPOSICIÓN FINAL

Derógase a partir del primero de mayo de mil novecientos setentitres, los artículos 39 al 50 y 52, 53 y 54 de la Ley N° 8433 la Ley N° 13640; los artículos 79 al 13 y el capítulo VIII del Título IV de la Ley N° 13724 el Decreto Ley N° 17262 y su Reglamento, las ampliatorias y modificatorias de las mismas, y las demás disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinticuatro días del mes de Abril de mil novecientos setentitres.

General de División EP. JUAN VELASCO ALVARADO,
Presidente de la República.

General de División EP. EDGARDO MERCADO JARRIN,
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra.

Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ,
Ministro de Aeronáutica.

Vice Almirante AP. LUIS VARGAS CABALLERO,
Ministro de Marina.

Teniente General FAP. PEDRO SALA OROSCO,
Ministro de Trabajo.

General de División EP. ALFREDO CARPIO BECERRA,
Ministro de Educación.

General de División EP. FRANCISCO MORALES BERMUDEZ CERRUTI,
Ministro de Economía y Finanzas.

General de División EP. JORGE FERNANDEZ MALDONADO SOLARI,
Ministro de Energía y Minas.

General de Brigada EP. JAVIER TANTALEAN VANINI,
Ministro de Pesquería.

Mayor General FAP. FERNANDO MIRO QUESADA BAHAMONDE,
Ministro de Salud.

Contralmirante AP. RAMON ARROSPIDE MEJIA,
Ministro de Vivienda.

Contralmirante AP. ALBERTO JIMENEZ DE LUCIO,
Ministro de Industria y Comercio.

General de Brigada EP. MIGUEL ANGEL DE LA FLOR VALLE,
Ministro de Relaciones Exteriores.

General de Brigada EP. PEDRO RICHTER PRADA,
Ministro del Interior.

General de Brigada EP. RAUL MENESES ARATA,
Ministro de Transportes y Comunicaciones

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Lima, 24 de Abril de 1973.

General de División EP.
JUAN VELASCO ALVARADO.

General de División EP.
EDGARDO MERCADO JARRIN.

Teniente General FAP.
ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ.

Vice Almirante AP.
LUIS E. VARGAS CABALLERO.

General de División EP.
EDGARDO MERCADO JARRIN.

Teniente General. FAP. PEDRO SALA OROSCO.

ANEXO 4

27 de Febrero de 1974

Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990

DECRETO LEY N° 20530

CONCORDANCIAS: D. LEY N° 22595
D.S. N° 084-91-PCM
LEY N° 23329
D.S. N° 003-2001-TR
LEY N° 23466
D.S. N° 051-2001-EF
LEY N° 23495
D.S. N° 051-2001-PCM
LEY N° 23627
D.S. N° 086-2001-EF
LEY N° 24156
D.S. N° 083-2001-EF
LEY N° 24366
R.J. N° 086-2001-JEFATURA-ONP
LEY N° 24779
D.S.E. N° 32-92-PCM, Art. 1
LEY N° 25008
R.J. N° 107-2001-JEFATURA-ONP
LEY N° 25066
D.S. N° 123-2001-EF
LEY N° 25146
R.M. N° 271-2001-EF-10
LEY N° 25212
D.U. N° 105-2001
LEY N° 25219
D.S. N° 055-2002-EF
LEY N° 25273
D.S. N° 126-2002-EF
LEY N° 25273, Art. 1
D.S. N° 140-2002-EF
LEY N° 27617, Art. 5 y 6
D.S. N° 159-2002-EF
LEY N° 27719
D.S. N° 026-2003-EF
LEY N° 27719
D.S. N° 002-2005-EF
LEY N° 28046
D.S. N° 098-85-PCM
LEY N° 28047
D.S. N° 017-2005-EF, Art. 4
8DF Ley N° 28411
D.S. N° 085-2005-EF (Fijan Aguinaldo por Fiestas Patrias y dictan disposiciones reglamentarias)
Ley N° 28427, Art. 10
D.S. N° 189-2006-EF (Dictan Disposiciones Reglamentarias para el otorgamiento del Aguinaldo por Navidad)
Ley N° 28449 (Nuevas reglas del régimen de pensiones)
D.S. N° 132-2005-EF (Reglamentan delegación de funciones de administración del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530)
R. N° 417-2005-P-IPD (IPD, instancias de atención y resolución administrativa)
R.J. N° 052-2006-JEFATURA-ONP (Disponen que la ONP notifique directamente en el plazo de ley las resoluciones que emita a los afiliados en el procedimiento de Bono de Reconocimiento y otros)
D.S. N° 077-2006-EF, Art. 6 (Reglamento de la Ley N° 28192)

R.D. N° 036-2006-EF-76.01, Art.11, inc. a.2)
D.S. N° 103-2006-EF (Dictan disposiciones reglamentarias para el otorgamiento del Aguinaldo por Fiestas Patrias)
R.M. N° 405-2006-EF-15 (Aprueban lineamientos para el reconocimiento, de claración, calificación y pago de los derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530)
D.S. N° 129-2006-EF (Autorizan a la ONP asumir la administración y pago de los fondos pensionarios de los terminales portuarios de los terminales portuarios regionales de ENAPU S.A.)
Ley N° 28822, Art. 7 (Ley marco para el fortalecimiento y saneamiento de las sociedades de beneficencia pública que no reciben transferencias del tesoro público)
D.S. N° 141-2006-EF (Aprueban Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Oficina de Normalización Previsional)
Ley N° 28927, Art. 8
D.S. N° 010-2007-EF, Art. 2
D.S. N° 089-2007-EF (Dictan disposiciones reglamentarias para el otorgamiento del aguinaldo por Fiestas Patrias)
R.J. N° 162-2007-JEFATURA-ONP (Aprueban "Procedimiento de Absolución de Consultas sobre la correcta aplicación del Decreto Ley N° 20530, sus normas complementarias y conexas")
D.S. N° 149-2007-EF (Lineamientos para la devolución de descuentos realizados en exceso y de los aportes efectuados incorrectamente al Fondo para la Asistencia Previsional, y medidas complementarias para la administración del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530)
R. N° 371-2007-CG ("Lineamientos de política para la formulación de los planes de control de los órganos del sistema nacional de control - año 2008 y directiva de formulación y evaluación del plan anual de control de los órganos de control institucional para el año 2008")
Ley N° 29142, Art. 6 (Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008)
D.S. N° 017-2008-EF, Art. 2

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que es necesario perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío, por cuanto la diversidad de disposiciones existentes sobre la materia, no asegura debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados ni el cautelamiento del patrimonio fiscal;

Que cada régimen de pensiones debe generar independientemente sus propios beneficios;

De conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 17063;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

REGIMEN DE PENSIONES Y COMPENSACIONES POR SERVICIOS CIVILES PRESTADOS AL ESTADO NO COMPRENDIDOS EN EL DECRETO LEY N° 19990

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

(*) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28047, publicada el 31-07-2003, el monto máximo de las pensiones derivadas del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530, que se generen a partir del 01-08-2003, no podrán exceder de 1 UIT.

Artículo 1.- Las pensiones y compensaciones a cargo del Estado correspondientes a los servicios de carácter civil prestados por los trabajadores del Sector Público Nacional, no comprendidos en el Decreto Ley 19990, se sujetarán a las normas establecidas en el presente Decreto Ley. (*)

(*) Confrontar con el Artículo 27 de la Ley 25066, publicada el 23 junio 1989.

Artículo 2.- El presente régimen de pensiones tiene carácter cerrado con sujeción al artículo 17.(1) (2)(3)(4)

(1) Confrontar con el Artículo 1 de la Ley 24366, publicada el 22 noviembre 1985.

(2) Confrontar con el Artículo 27 de la Ley 25066, publicada el 23 junio 1989.

(3) Confrontar con el Décimo Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 25212, publicada el 20 mayo 1990.

(4) Confrontar con el Artículo 1 de la Ley N° 25273, publicada el 17 julio 1990.

CONCORDANCIAS: LEY N° 28047, Art. 5

Artículo 3.- Las pensiones que se otorga son las siguientes:

- a) Para el trabajador: Cesantía e Invalidez;
- b) Para los deudos: Sobrevivientes.

Artículo 4.- El trabajador adquiere derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios reales y remunerados, si es hombre; y doce y medio, si es mujer.

Artículo 5.- Las pensiones de cesantía y sobrevivientes se regularán en base al ciclo laboral máximo de treinta años para el personal masculino y veinticinco años para el femenino, a razón, según el caso de una treintava o veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses, por cada año de servicios. Se observará el régimen de dozavos por fracciones inferiores a un año de servicios.

Si las remuneraciones pensionables hubieran sido aumentadas al trabajador en cincuenta por ciento o más dentro de los últimos sesenta meses, o entre treinta y cincuenta por ciento, dentro de los últimos treintiseis meses, la pensión será regulada en base al promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en el período correspondiente a los últimos sesenta o treintiseis meses, en su caso. Si el trabajador resultare comprendido en las dos situaciones anteriormente indicadas, se tomará el promedio mayor.

La norma del párrafo anterior no es aplicable a los trabajadores cuyo promedio de remuneraciones pensionables, calculada según se indica en el párrafo del presente artículo, sea inferior a cinco remuneraciones correspondientes al menor grado y sub-grado de la Escala que esté vigente.

Artículo 6.- Es pensionable toda remuneración afecta al descuento para pensiones. Están afectas al descuento para pensiones, las remuneraciones que son permanentes en el tiempo y regulares en su monto. (*)

(*) Confrontar con la Ley N° 25048, publicada el 18 junio 1989.

Artículo 7.- Las remuneraciones pensionables y las pensiones, están afectas al descuento para pensiones de acuerdo a la escala siguiente:

Hasta S/.10,000	8%
Por el exceso de S/. 10,000 hasta S/. 20,000	12%
Por el exceso de S/. 20,000	15%

Las pensiones no renovables suspendidas y las no renovables de sobrevivientes, no están afectas al descuento para pensiones.

Los adeudos serán reintegrados con cargo a la pensión.

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 28047, publicada el 31-07-2003, el aporte para las pensiones a cargo de los trabajadores del Sector Público Nacional comprendidos en el régimen previsional a que se refiere el Decreto Ley N° 20530 se reajustará de la siguiente manera:

A partir del 1 de agosto de 2003 las remuneraciones mensuales estarán sujetas a un aporte al Fondo de Pensiones ascendente al 13%.

A partir del 1 de agosto de 2006 estarán sujetas a un aporte al Fondo de Pensiones ascendente al 20%.

A partir del 1 de agosto de 2009 estarán sujetas a un aporte al Fondo de Pensiones ascendente al 27%. (*)

(*) Confrontar con la Ley N° 25048, publicada el 18 junio 1989.

Artículo 8.- Se podrá percibir simultáneamente del Estado dos pensiones, o un sueldo y una pensión, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública o de viudez. Asimismo, podrá percibirse dos pensiones de orfandad, causadas por el padre y la madre.

Artículo 9.- El pensionista cuya pensión provenga de servicios docentes y no docentes, que reingresare a prestar servicios podrá continuar percibiendo la parte proporcional de su pensión que no sea incompatible con la naturaleza docente o administrativa de su nuevo cargo.

Artículo 10.- El trabajador con derecho a pensión de cesantía de conformidad con los artículos 4 y 12, que haya prestado simultáneamente servicios administrativos y docentes, percibirá dos pensiones, cualquiera que sea el tiempo de servicios simultáneos, calculadas cada una de ellas según se indica en el artículo 5. La suma de las pensiones que así se otorgue, no debe exceder el monto de la pensión mayor incrementado en un treinta por ciento.

Las pensiones indicadas se otorgarán en la misma Resolución.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 017-2005-EF, Art. 4

Artículo 11.- La pensión de los docentes universitarios que presten servicios en más de un centro educativo, se regulará, sobre el monto de las remuneraciones pensionables percibidas por las horas semanales de actividad académica, hasta un máximo de cuarenta, observándose lo dispuesto en el artículo 5.

Artículo 12.- A efecto de regular pensión o compensación, procede la acumulación de servicios, siempre que éstos no hubiesen sido simultáneos.

Artículo 13.- En los casos de acumulación de servicios a que se refiere el Artículo anterior, el pago de la pensión o compensación se efectuará por la entidad en que cese el trabajador.

Si parte de los servicios hubiesen sido prestados en entidades que financian el pago de las remuneraciones con recursos distintos a los del Tesoro Público, éstas transferirán a la entidad pagadora, la parte proporcional del monto de la pensión, en función de los años de servicios prestados en ellas.

CONCORDANCIA: D.U. N° 066-2001

Artículo 14.- No son acumulables los servicios prestados:

a) Al Sector Público con los prestados al Sector que no sea Público;(*)

(*) Confrontar con el Artículo 1 de la Ley 25219, publicada el 31 mayo 1990.

b) Al Sector Público, bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector, bajo el régimen laboral de la actividad privada, salvo el caso previsto en la Décima Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley 19990; y

c) A la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales con los servicios civiles bajo el régimen laboral de la actividad pública o privada. (*)

(*) Confrontar con el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 127-90-PCM, publicado el 16 octubre 1990.

Los servicios militares y los civiles bajo el régimen laboral de la actividad pública prestados con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Ley, por trabajadores en actual servicio civil, son acumulables sólo para efecto de determinar el derecho a pensión o compensación de conformidad con los artículos 4, 12 y 37. La pensión se calculará separadamente por los servicios militares y civiles, considerándose como una sola. Igual procedimiento se aplica en el caso de derecho de compensación .(1)(2)(3)

(1) Confrontar con el Artículo 1 de la Ley N° 25219, publicada el 31 mayo 1990.

(2) Confrontar con la Ley N° 25243, publicada el 14 junio 1990.

(3) Confrontar con el Artículo 1 de la Ley N° 25273, publicada el 17 julio 1990.

Artículo 15.- No existe incompatibilidad para la percepción simultánea de pensión y la Remuneración Especial "Servicios Excepcionales" otorgada por un trabajo personal, esporádico y específico, realizado para una sola entidad del Sector Público Nacional en cada año calendario.

TÍTULO II

PENSIONES

CAPÍTULO I

DE CESANTIA

Artículo 16.- Se otorga pensión de cesantía de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 12.

Artículo 17.- El trabajador que se reincorpore al servicio civil del Estado tiene derecho a elegir entre su pensión civil, militar

o policial, o la remuneración de su nuevo cargo, salvo lo dispuesto en el artículo 9. Al cesar, percibirá como pensión el monto de la primitiva más la pensión que pudiera haber generado en el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social.

A este efecto, el pago de aportaciones al referido sistema se efectuará sobre la remuneración o pensión según el caso, independientemente del descuento que pudiera corresponder de conformidad con el Artículo 7. Ambos beneficios se regularán separadamente. (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

Artículo 18.- Los trabajadores hombres con treinticinco o más años de servicios y mujeres con treinta o más años de servicios, en ambos casos ininterrumpidos, regularán su pensión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5, bonificándose el monto de la pensión resultante con la diferencia entre la Remuneración Básica del grado y sub grado inmediato superior y la correspondiente al grado y sub-grado que tuvieren al cesar.

Si tales servicios hubieren sido prestados íntegramente dentro de un régimen en el que los ascensos estén normados por escala jerárquica establecida por ley de ascensos específica y particular, dicha bonificación será la diferencia entre la Remuneración Básica correspondiente al nivel jerárquico inmediato superior y la que tuvieren al cesar, a condición de estar inscritos en el cuadro de mérito correspondiente. En el caso que hubieran servido veinticuatro meses o más en el más alto nivel de la escala jerárquica, la bonificación será catorce por ciento de su Remuneración Básica.

Si se contaren con cuarenta o treinticinco años de servicios o más, aún siendo interrumpidos, los hombres y las mujeres respectivamente, regularán su pensión como se indica en los párrafos anteriores según corresponda.

No gozarán de esta bonificación los trabajadores destituidos.

CAPÍTULO II

DE INVALIDEZ

Artículo 19.- El trabajador que se invalide accidentalmente como consecuencia del desempeño de sus funciones o del cumplimiento de órdenes recibidas, tendrá derecho a pensión, por el íntegro de las remuneraciones pensionables que percibía al invalidarse, cualquiera que fuera el tiempo de servicios prestados. En el caso de servicios administrativos y docentes simultáneos, la pensión no podrá exceder de la mayor incrementada en treinta por ciento.

Artículo 20.- El trabajador que se invalide accidentalmente, en circunstancias no contempladas en el artículo anterior, tendrá derecho a percibir el cincuenta por ciento de la pensión que le pudiera corresponder según dicho artículo, cualquiera que fuere el tiempo de servicio prestados, salvo que la pensión de cesantía que le corresponda sea mayor.

Esta pensión podrá reajustarse por mandato expreso de la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional.

Artículo 21.- Para percibir pensión de invalidez, el trabajador deberá ser declarado inválido por Resolución del Instituto Nacional de Administración Pública, previo pronunciamiento emitido por una junta médica nombrada por el Ministerio de Salud, en coordinación con el Seguro Social del Perú en los casos que sea necesario. De dicha resolución cabe apelar ante el Consejo Nacional de Servicio Civil.

Artículo 22.- El pensionista inválido se someterá por lo menos cada dos años a examen médico de la Junta indicada en el artículo anterior, cuyo resultado podrá ser contradicho ante el Consejo Nacional de Servicio Civil, que resolverá en última instancia administrativa .

En caso de residir en el extranjero, remitirá a la entidad pagadora certificado médico legalizado por el Consúl de su jurisdicción.

Artículo 23.- El trabajador que obtenga pensión de invalidez no tendrá derecho a percibir la compensación prevista en el Artículo 37°, salvo que ocurra la situación a que se refiere el inciso e) del Artículo 55.

Artículo 24.- Las condiciones para determinar el estado de invalidez serán establecidas en el Reglamento del presente Decreto Ley.

CAPÍTULO III

DE SOBREVIVIENTES

SECCIÓN I

GENERALIDADES

Artículo 25.- La pensión de sobrevivientes, que cause el trabajador que fallezca encontrándose en servicio, será igual al cincuenta por ciento de la pensión de cesantía a que tuviere derecho. (*)

(*) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25008, publicado el 25-01-89, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 25.- La pensión de sobrevivientes, cuando existiera minusvalía; que cause el trabajador que fallezca encontrándose en servicio, será igual al 100% de la pensión de cesantía a que tenga derecho.

Si existiera entre los sobrevivientes un minusválido, la pensión que a éste le corresponda se actualizará con los incrementos decretados por el alza del costo de vida". (*)

(*) Artículo sustituido por disposición del Artículo 7 de la Ley N° 28449, publicado el 30-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 25.- La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje."

Artículo 26.- El trabajador que fallece accidentalmente como consecuencia del desempeño de sus funciones, o del cumplimiento de órdenes recibidas, genera pensión de sobrevivientes, cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados, la que será igual al íntegro de las remuneraciones pensionables que percibía al fallecer.

Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista, será igual al cincuenta por ciento de la pensión que percibía a su fallecimiento. (*)

(*) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25008, publicado el 25-01-89, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista, será el 100% de la pensión que percibía a su fallecimiento. (*)

(*) Primer párrafo sustituido por el Artículo 4 de la Ley N° 27617 publicada el 01-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 27.- La pensión de sobrevivientes que cause el pensionista será de hasta el cien por ciento (100%) de la pensión que percibía a su fallecimiento."

Si existiera entre los sobrevivientes, un minusválido, la pensión que a éste le corresponda se irá actualizando con los incrementos decretados por el alza del costo de vida" (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 28.- Las pensiones de sobrevivientes que se otorga son las siguientes:

- a) De viudez;
- b) De orfandad; y,
- c) De ascendientes.

Artículo 29.- La extinción o pérdida del derecho de algunos de los beneficiarios de pensión de sobrevivientes, acrecerá la de sus copartícipes en proporción a sus derechos, observándose las normas establecidas en el presente Decreto-Ley. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 30.- Las pensiones renovables generan pensión de sobrevivientes renovable, sujeta a los descuentos establecidos en el Artículo 7. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 31.- Las pensiones de sobrevivientes no renovables podrán reajustarse por mandato expreso de la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

SECCIÓN II

PENSIÓN DE VIUDEZ

Artículo 32.- La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Si sólo hubiese cónyuge sobreviviente, éste recibirá el íntegro de la pensión de sobreviviente.

Se otorgará al hombre, siempre que se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de renta afecta a ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social; y, (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

b) Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con hijos del causante con derecho a pensión de orfandad, cincuenta por ciento de la pensión de sobrevivientes corresponderá al cónyuge y el otro 50 por ciento se distribuirá entre los hijos como pensión de orfandad. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 4 de la Ley N° 27617 publicada el 01-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 32.- La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.

c) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión, que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dicte una Comisión Médica del Seguro Social de Salud - ESSALUD.

A partir de la vigencia de la presente Ley, independientemente del valor de la pensión del causante, en ningún caso el monto máximo de la pensión de viudez podrá ser mayor al equivalente a seis (6) remuneraciones mínimas vitales." (*)

(*) Artículo sustituido por disposición del Artículo 7 de la Ley N° 28449, publicado el 30-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 32.- La pensión de viudez (*) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

(*) Frase 'de viudez' declarada inconstitucional por el inciso D) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez (*) equivalente a una remuneración mínima vital.

(*) Frase 'de viudez' declarada inconstitucional por el inciso D) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y (*) no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

(*) Conector conjuntivo "y" declarado inconstitucional por el inciso A) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud."

Artículo 33.- No genera pensión de viudez, el trabajador que fallece antes de doce meses de celebrado su matrimonio, salvo en los casos siguientes:

- a. Que el fallecimiento se haya producido por accidente;
- b. Que el trabajador y su cónyuge tengan o hayan tenido hijos comunes; o
- c. Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha del fallecimiento. (*)

(*) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25008, publicado el 25-01-89, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 33.- No genera pensión de viudez, el trabajador que fallece antes de 12 meses de celebrado su matrimonio, salvo en los casos siguientes:

- a) Que el fallecimiento se haya producido por accidente;
- b) Que el trabajador y su cónyuge tengan o hayan tenido hijos comunes;
- c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento; o,
- d) Que el cónyuge sea minusválido".

SECCIÓN III

PENSIÓN DE ORFANDAD

Artículo 34.- Tienen derecho a pensión de orfandad:

a) Los hijos del trabajador, menores de edad. Tratándose de hijos adoptivos, el derecho se genera si la adopción ha tenido lugar antes que el adoptado cumpla doce años de edad, y el fallecimiento ocurre después de doce meses de efectuada la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ha ocurrido por accidente;

b) Los hijos del trabajador, mayores de edad, en estado de incapacidad física o mental absoluta desde su minoría de edad, declarada judicialmente; y, (*)

(*) Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25008, publicado el 25-01-89, cuyo texto es el siguiente:

b) Los hijos minusválidos del trabajador, en estado de incapacidad física o mental.

c) Las hijas solteras del trabajador, mayores de edad, cuando no tengan actividad lucrativa, carezcan de renta afecta y no estén amparadas por algún sistema de seguridad social. La pensión de viudez excluye este derecho. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 4 de la Ley N° 27617 publicada el 01-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 34.- Tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido. Subsiste el derecho a pensión de orfandad:

a) Hasta que el beneficiario cumpla veintiún (21) años, siempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación; y

b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años con incapacidad absoluta para el trabajo. En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. Para ambos casos se requerirá de un dictamen de la Comisión Médica del Seguro Social de Salud - ESSALUD.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla doce años de edad y el fallecimiento ocurre después de treinta y seis meses de efectuada la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ha ocurrido por accidente." (*)

(*) Artículo sustituido por disposición del Artículo 7 de la Ley N° 28449, publicado el 30-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años. (*) (**)

(*) Frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' declarada inconstitucional por el inciso B) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

(**) De conformidad con el Resolutivo N° 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005, se INTERPRETA de conformidad con el fundamento 154, que entre los supuestos protegidos por el literal a del artículo 34 y el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, no se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, se INTERPRETA que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores queda

extinguida, cuando tales estudios no se sigan de modo satisfactorio, y dentro del periodo regular lectivo.

b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años cuando adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella. En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. La declaración de incapacidad absoluta requiere de un dictamen previo y favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho a la pensión se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla dieciocho (18) años de edad y antes de que el adoptante cumpla sesenta y cinco (65) años de edad y siempre que el fallecimiento ocurra después de treinta y seis (36) meses de producida la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ocurre por accidente."

Artículo 35.- La pensión de orfandad será el íntegro de la pensión de sobrevivientes si no concurriese cónyuge, o el cincuenta por ciento de la misma si se produjese dicha concurrencia; en cualquier caso, se distribuirá por partes iguales entre los hijos del trabajador que tengan derecho de conformidad con el artículo anterior. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 4 de la Ley N° 27617 publicada el 01-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 35.- El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante.

En caso de fallecimiento del padre y la madre, la pensión máxima es igual al cuarenta por ciento (40%). Si el padre y la madre hubieran sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada." (*)

(*) Artículo sustituido por disposición del Artículo 7 de la Ley N° 28449, publicado el 30-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 35.- El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. (*)

(*) Primer párrafo declarado inconstitucional por el inciso C) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada."

SECCIÓN IV

PENSIÓN DE ASCENDIENTES

Artículo 36.- La pensión de ascendientes corresponderá al padre, a la madre, o a ambos, por partes iguales, en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad, siempre que acrediten haber dependido económicamente del trabajador a su fallecimiento y carecer de renta afecta a ingresos superiores al monto de la pensión. (*)

(*) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25008, publicado el 25-01-89, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 36.- La pensión de ascendiente corresponde al padre, a la madre o a ambos por partes iguales, en caso de no existir titular por derecho a pensión de viudez u orfandad, siempre que

acrediten haber dependido económicamente del trabajador a su fallecimiento y carecer de renta afecta e ingresos superiores al monto de la pensión. Si alguno de ellos fuera minusválido será de aplicación el último párrafo del Artículo 27 de la presente Ley". (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 4 de la Ley N° 27617 publicada el 01-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 36.- La pensión de ascendencia corresponde al padre, a la madre, o a ambos, en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad. El monto de la pensión será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

A efectos de tener derecho a esta pensión, se deberá acreditar haber dependido económicamente del trabajador o pensionista, a su fallecimiento, y carecer de renta afecta e ingresos superiores al monto de su pensión." (*)

(*) Artículo sustituido por disposición del Artículo 7 de la Ley N° 28449, publicado el 30-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 36.- La pensión de ascendientes corresponde al padre, a la madre, o a ambos, solamente en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad. El monto de la pensión será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

A efectos de tener derecho a esta pensión, se deberá acreditar haber dependido económicamente del trabajador o pensionista a su fallecimiento, y carecer de rentas e ingresos superiores al monto de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante."

TÍTULO III

COMPENSACIONES

Artículo 37.- El trabajador que cese sin haber alcanzado el tiempo mínimo de servicios señalado en el Artículo 4 percibirá, por una sola vez, en concepto de compensación, un monto igual al promedio de las remuneraciones pensionables, calculado según el Artículo 5 por cada año de servicios, y la parte alícuota por fracción de año. El percibo de compensación excluye el goce de pensión.

Cuando el trabajador tenga derecho a dos compensaciones por servicios administrativos y docentes simultáneos, percibirá la suma de ambas sin sobrepasar la compensación mayor incrementada hasta el 30 % de la misma.

Artículo 38.- En caso de fallecimiento del trabajador, con derecho a compensación, ésta se abonará en el siguiente orden excluyente:

- a) Al cónyuge;
- b) A los hijos;
- c) A los padres; y,
- d) A los hermanos menores de dieciocho años.

En caso de existir beneficiarios con igual derecho, la compensación será distribuida en partes iguales entre ellos.

TÍTULO IV

PROCEDIMIENTOS

CAPÍTULO I

RECONOCIMIENTO DE SERVICIOS

Artículo 39.- El tiempo de servicios, real y remunerado, acreditado fehacientemente, con las constancias de nombramiento y de cese, será objeto de reconocimiento, que se tramitará de oficio. Se tendrá en consideración lo prescrito en el Artículo 41.

Artículo 40.- Para reconocer servicios que generen pensión se requiere haber laborado de acuerdo a jornada mínima de trabajo.

Artículo 41.- A los trabajadores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, se les computará de abono hasta cuatro años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos, los hombres, y doce y medio las mujeres, siempre que no sean simultáneos con servicios al Estado y efectúen los aportes a que se refiere el Artículo 7.

Artículo 42.- Son de cómputo los servicios prestados como titular, interino, accidental o suplente, en condición de carrera, adscrito o de servicio interno, siempre que se haya cumplido los requisitos establecidos en los Artículos 39 y 40.

Artículo 43.- También son computables, observándose lo dispuesto en los artículos anteriores, los servicios prestados al Estado por los trabajadores:

- a) Cobradores a comisión;
- b) Obreros que pasaron a ser empleados sin solución de continuidad; y,
- c) Hasta el 31 de Diciembre de 1969, en condición de "Contratados".

Artículo 44.- El tiempo de servicios prestados como Presidente de la República, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Ministro de Estado funcionario con rango de Ministro de Estado, Senador, Diputado, Prefecto y Sub-Prefecto, es acumulable con otros servicios prestados al Estado para el efecto de obtener pensión o compensación de acuerdo al presente Decreto-Ley, debiéndose pagar las aportaciones a que se refiere el Artículo 7. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 45.- No procede el reconocimiento de tiempo de servicios en los casos siguientes:

a) Por funciones desempeñadas como miembro de organismos consultivos o deliberativos, Concejos Municipales, Consejos, Patronatos, Directorios, Juntas, Comités, Comisiones y de otros de la misma naturaleza, en entidades del Sector Público Nacional o en las que el Estado tenga que estar representado por derecho, exceptuándose el caso de quienes ocupen plaza de presupuesto o desempeñen función a dedicación exclusiva, cumplan con lo dispuesto en los Artículos 39 y 40 y efectúen los aportes correspondientes;

b) Por funciones desempeñadas a título gratuito;

c) Por locación de servicios profesionales o técnicos, abonados mediante honorarios;

d) Por licencia concedida sin goce de haber;

e) Por servicios compensados con la Remuneración Especial "Servicios Excepcionales"; y,

f) Por servicios prestados en la condición de "Contratados", a partir del 1 de enero de 1970.

CAPÍTULO II

OTORGAMIENTO DE PENSIONES Y COMPENSACIONES

Artículo 46.- Las pensiones y compensaciones se otorgarán de oficio, en base al reconocimiento de servicios, mediante Resolución de Pensión o de Compensación, según el caso expedida por el Titular del Pliego correspondiente.

Artículo 47.- El pago de las pensiones de cesantía o invalidez se efectuará desde el día en que el trabajador cesó. En tanto se expida la resolución correspondiente, se pagará pensión provisional por el 90% de la probable pensión definitiva.

Artículo 48.- El derecho a pensión de sobrevivientes se genera desde la fecha de fallecimiento del causante y su pago se efectuará al expedirse la Resolución. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 4 de la Ley N° 27617 publicada el 01-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 48.- El derecho a pensión de sobrevivientes se genera desde la fecha de fallecimiento del causante. En tanto se expida la resolución correspondiente se pagará pensión provisional por el noventa por ciento (90%) de la probable pensión definitiva, a que hace referencia el inciso a) del Artículo 32, Artículo 35 y Artículo 36 del Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias."

CAPÍTULO III

RENOVACIÓN Y GRAVAMEN DE PENSIONES

Artículo 49.- Las pensiones son renovables cuando:

a) Al cesar, los hombres cuenten con 30 o mas años de servicios y las mujeres con 25 o mas años de servicios, tengan 60 o 55 años de edad o más, respectivamente, y no hubiesen sido inhabilitados por sentencia judicial ejecutoriada o destituidos por medida disciplinaria;

b) Los pensionistas cumplan 80 años de edad, cualquiera que fuere el tiempo de servicios por ellos prestado; (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

c) La pensión de invalidez se hubiera otorgado de acuerdo al Artículo 19;

d) La pensión de sobrevivientes provenga de pensión renovable; y,

e) La pensión de sobrevivientes se hubiera otorgado de acuerdo al Artículo 26. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 50.- La renovación de la pensión se efectuará en base a las modificaciones de la Escala de Remuneraciones, se tramitará de oficio, se otorgará por Resolución del Titular del Pliego correspondiente, y regirá a partir del mes siguiente a aquél en que se varíe la citada escala. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 51.- En la Resolución de pensión renovable se indicará la Pensión Principal Renovable y la Pensión Complementaria no Renovable, las que se determinarán en la forma siguiente:

a) La Pensión Principal Renovable se identificará con un grado y sub-grado de la Escala de Remuneraciones.

Para determinar dicho grado y sub-grado se promediará las remuneraciones básicas y/o únicas, de conformidad con el Artículo 5 salvo lo dispuesto en los Artículos 19 y 26;

En caso de que el resultado obtenido no coincidiese con alguna de las Remuneraciones Básicas de la Escala, se tomará la correspondiente al grado y sub-grado inmediato inferior. La diferencia integrará la Pensión Complementaria no Renovable; y,

b) La Pensión Complementaria no Renovable se determinará tomando el promedio de las otras remuneraciones pensionables, obtenido de acuerdo al Artículo 5, sumándose a dicho promedio la diferencia mencionada en el inciso a) del presente artículo, si la hubiere, y la bonificación a que se refiere el Artículo 18, de ser aplicable. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 52.- La renovación de la pensión se realizará en base a la Pensión Principal Renovable.

La modificación de la Pensión Principal Renovable de Sobrevivientes será igual al 50% del monto del incremento de la Remuneración Básica correspondiente al grado y sub-grado del causante, obtenido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior. En caso de haberse aplicado el Artículo 26° dicho incremento será igual al 100 %. (*)

(*) Artículo derogado por Tercera Disposición Final de la Ley N° 28449, publicada el 30-12-2004.

Artículo 53.- La Pensión podrá ser gravada;

a) Por mandato de la Ley;

(1) Hasta el 10 % para reintegrar adeudos por aportes para pensiones o impuestos al nombramiento; y

(2) Hasta el 30 % por responsabilidad pecuniaria a favor del Estado;

b) Por mandato judicial:

(1) Hasta un tercio, por concepto de alimentos, teniendo derecho preferencial; y

(2) Hasta el 50 % por responsabilidad pecuniaria a favor del Estado;

c) Por acto administrativo:

(1) Hasta el 30 % para amortizar préstamos autorizados oficialmente con garantía de la pensión: y

(2) Hasta el 20 % para pagar adeudos al Estado.

En ningún caso la pensión de cesantía o invalidez podrá ser gravada acumulativamente en mas del 75 % de su importe total y la de sobrevivientes, en mas del 50 %.

Los adeudos que sean de responsabilidad del trabajador sin derecho a pensión, se deducirán íntegramente de la compensación a que se refiere el Artículo 37.

CAPÍTULO IV

SUSPENSION, CADUCIDAD, PRESCRIPCION Y LIMITE DE PENSIONES

Artículo 54.- Se suspende la pensión, sin derecho a reintegro, en los casos siguientes:

a) No acreditar el pensionista la subsistencia de los requisitos que dieron derecho a la pensión;

b) No acreditar anualmente supervivencia, el pensionista que no cobra personalmente;

c) Salir del territorio nacional o permanecer fuera de él, estando requerido por Juez competente;

d) Reingresar al servicio del Estado, con las excepciones contempladas en el artículo 17; y

e) Por formar hogar fuera del matrimonio los titulares de la pensión de sobrevivientes, o llevar vida disoluta.

Artículo 55.- Caduca el derecho a pensión, según, el caso por:

a) Matrimonio de los titulares de la pensión de sobrevivientes. Se exceptúa de esta disposición a los padres del causante que contraen matrimonio entre ellos;

b) Haber alcanzado los hijos mayoría de edad, salvo que se encuentren incapacitados física o mentalmente;

c) Pérdida de la nacionalidad peruana;

d) Haber desaparecido alguno de los requisitos establecidos en el inciso c) del artículo 34 o en el artículo 36;

e) Haber recuperado el pensionista las facultades físicas o mentales, cuya pérdida determinó el estado de invalidez; y

f) Haber fallecido el titular de la pensión. (*)

(*) Artículo sustituido por disposición del Artículo 7 de la Ley N° 28449, publicado el 30-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad;

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años (*), o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley; (**)

(*) Palabra 'universitarios' y Frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años' declaradas inconstitucionales por el inciso B) del Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005.

(**) De conformidad con el Resolutivo N° 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005, se INTERPRETA de conformidad con el fundamento 154, que entre los supuestos protegidos por el literal a del artículo 34 y el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, no se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, se INTERPRETA que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores queda extinguida, cuando tales estudios no se sigan de modo satisfactorio, y dentro del periodo regular lectivo.

c) En el caso de hijas solteras mayores de edad que vienen percibiendo pensiones de orfandad conforme a la legislación anteriormente vigente, cuando realicen actividad lucrativa, perciban rentas o se encuentren amparadas por algún sistema de seguridad social;

d) Percibir rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, en el caso de ascendientes;

e) Haber recuperado el pensionista las facultades físicas o mentales, cuya pérdida determinó el estado de invalidez para el otorgamiento de una pensión, previo dictamen favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud;

f) Fallecimiento;

g) Haber desaparecido uno de los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la pensión."

Artículo 56.- El derecho a pensión o compensación es imprescriptible.

Prescriben las pensiones devengadas, vencido el término de tres años sin haberse reclamado su pago, excepto;

a) Para los menores de edad o incapaces; y

b) En los casos de imposibilidad de ejercer dicho reclamo, salvo que el pensionista se encuentre prófugo de la justicia.

Artículo 57.- El monto máximo mensual de las pensiones que se pague, se establece por la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional. (*)

(*) Confrontar con el Artículo 2 de la Ley 26404, publicada el 15 diciembre 1994.

*) Confrontar con la Ley N° 26404, publicada el 15 diciembre 1994.

CONCORDANCIA: R.M. N° 271-2001-EF-10

TÍTULO V

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Las pensiones por otorgarse, correspondientes a trabajadores que cesaron o fallecieron antes del 1° de Enero de 1970, se regirán por las disposiciones vigentes a la fecha de cese y de la Tercera Disposición Transitoria.

Segunda.- Las pensiones otorgadas o por otorgarse, correspondientes a trabajadores que hayan cesado o fallecido entre el 1° de Enero de 1970, inclusive, y la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, con siete o más años de servicios al Estado, se sujetarán a las disposiciones del mismo, excepto el artículo 4. En ningún caso la pensión será inferior a la otorgada, ni dejará de tener la condición de renovable con arreglo a la legislación vigente a la fecha de cese del trabajador.

No procede el pago de devengados por incremento del monto de la pensión en aplicación del presente Decreto Ley, por el período comprendido entre el 1 de enero de 1970 y la fecha de su vigencia.

Tercera.- Las pensiones renovables otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 1970, y las que resulten renovables por aplicación del inciso b) del artículo 49 y de la Quinta Disposición Transitoria, se sujetarán al procedimiento de homologación siguiente:

a) Cuando el monto total de la pensión vigente sea superior a la Remuneración Básica correspondiente al grado I, subgrado I, el pensionista tendrá este grado y subgrado; constituyendo la Remuneración Básica respectiva la Pensión Principal Renovable. La diferencia será Pensión Complementaria no Renovable;

b) Cuando el monto total de la pensión vigente se encuentre comprendido en la Escala de Remuneraciones Básicas se procederá como a continuación se indica:

(1) Utilizando la escala de grados y subgrados y sus correspondientes Remuneraciones Básicas del Sistema de Remuneraciones, se ubicará la Remuneración Básica correspondiente al monto total de la pensión vigente, con lo que quedará establecido el grado y sub-grado del pensionista, así como la Remuneración Básica correspondiente que tendrá el carácter de Pensión Principal Renovable;

(2) Si la pensión vigente no coincidiera con alguna de las Remuneraciones Básicas de la Escala, se tomará como Pensión Principal Renovable la Remuneración Básica próxima inferior y se considerará la diferencia como Pensión Complementaria No Renovable; y,

c) Si el monto total de la pensión vigente es inferior a la Remuneración Básica correspondiente al menor grado y sub-grado de la escala, el pensionista tendrá este grado y subgrado, constituyendo la Remuneración Básica respectiva la Pensión Principal Renovable, como único componente de la pensión. La diferencia entre el monto total de la pensión vigente y la Pensión Principal Renovable así obtenida, será otorgada mediante incrementos anuales sucesivos, hasta de quinientos soles al mes, salvo el caso de los pensionistas a que se refiere el inciso b) del

artículo 49, en el que la nivelación será por el íntegro de la diferencia.

Cuarta.- Las pensiones de montepío originadas antes del 1° de Enero de 1970 podrán reajustarse por mandato expreso de la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional, de acuerdo con las disponibilidades del Estado.

Quinta.- Los trabajadores con siete o más años de servicios al Estado podrán optar dentro del término de noventa días hábiles, computados a partir de la vigencia del Reglamento de este Decreto Ley, entre cesar y acogerse a las disposiciones legales anteriores a su vigencia pero con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5 del presente Decreto Ley, o quedar comprendidos en los alcances de este último, excepto en lo que se refiere al artículo 4. (*) (**)

“Las pensiones otorgadas o por otorgarse al personal civil de la fuerza Armada y Fuerzas Policiales no comprendidos en el Decreto Ley 19990, se sujetarán a las normas y disposiciones legales anteriores a la dación del Decreto Ley 20530, siéndoles además de aplicación los artículos 18 y 41 de este último”. (1)

(*) De conformidad con la Octava Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 26835; publicada el 04-07-97, se deroga el primer párrafo de esta disposición; asimismo, entiéndase que no habiéndose expedido el Reglamento de este Decreto Ley, el primer párrafo de esta Disposición Transitoria nunca entró en vigencia. La Octava Disposición de la Ley N° 26835, fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional - EXP. N° 001-98-AI-TC publicada el 24-06-2001

Nota.- El texto de la Ley N° 26835, fue recogida en el TUO del Régimen Pensionario del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 070-98-EF, publicado el 10-07-98.

(1) Párrafo adicionado por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 22303, publicado el 11-10-1978.

Sexta.- Los trabajadores docentes en actual servicio, que a la vigencia del presente Decreto Ley, tengan siete o más años de servicios docentes sean oficiales o fiscalizados, acumularán los servicios docentes prestados con anterioridad en el Sector no Público, siempre que no hayan sido simultáneos y se efectúen los aportes a que se refiere el artículo 7.

Los años de servicios docentes acumulados, a que se refiere la presente disposición, no darán derecho a pensión en otro régimen.

Sétima.- Los trabajadores docentes ingresados al servicio del Estado entre el 11 de Julio de 1962 y el 13 de Noviembre de 1964, acumularán los servicios prestados durante el referido lapso, sujetos a las normas del presente Decreto Ley, asumiendo el pago de las aportaciones correspondientes en la forma que determine el Reglamento.

Octava.- El Instituto Nacional de Administración Pública formulará el proyecto de reglamento del presente Decreto Ley, dentro del término de treinta días computados a partir de la fecha de su vigencia.

TÍTULO VI

DISPOSICIÓN FINAL

Quedan derogadas todas las disposiciones legales y administrativas que regulan la cesantía, jubilación y montepío de los trabajadores civiles remunerados por el Estado, no comprendidos en el Decreto Ley 19990.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de Febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

General de División EP. JUAN VELAZCO ALVARADO,
Presidente de la República.

General de División EP. EDGARDO MERCADO JARRIN,
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra.

Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI
RODRIGUEZ,

Ministro de Aeronáutica.

Vice Almirante AP. LUIS E. VARGAS CABALLERO,
Ministro de Marina.

Teniente General FAP. PEDRO SALA OROSCO,
Ministro de Trabajo.

General de División EP. ALFREDO CARPIO
BECERRA,
Ministro de Educación.

General de División EP. ENRIQUE VALDEZ
ANGULO,
Ministro de Agricultura.

General de División EP. JORGE FERNANDEZ
MALDONADO SOLARI,
Ministro de Energía y Minas.

Teniente General FAP. LUIS BARANDIARAN
PAGADOR,
Ministro de Comercio.

General de Brigada EP. JAVIER TANTALEAN
VANINI,
Ministro de Pesquería.

General de División EP. GUILLERMO MARCO DEL
PONT SANTISTEVAN,
Vicealmirante AP. LUIS E. VARGAS CABALLERO.

Ministro de Economía y Finanzas.

Teniente General FAP. FERNANDO MIRO QUESADA
BAHAMONDE,
Ministro de Salud.

Contralmirante AP. RAMON ARROSPIDE MEJIA,
Ministro de Vivienda.

Contralmirante AP. ALBERTO JIMENEZ DE LUCIO,
Ministro de Industria y Turismo.

General de Brigada EP. MIGUEL A. DE LA FLOR
VALLE,
Ministro de Relaciones Exteriores.

General de Brigada EP. PEDRO RICHTER PRADA,
Ministro del Interior.

General de Brigada EP. RAUL MENESES ARATA,
Ministro de Transporte y Comunicaciones.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Lima, 26 de Febrero de 1974.

General de División EP. JUAN VELAZCO ALVARADO.
General de División EP. EDGARDO MERCADO JARRIN.
Teniente General FAP. ROLANDO GILARDI
RODRIGUEZ.

ANEXO 5

06 de diciembre de 1992

Crean el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones AFP

DECRETO LEY N° 25897

(*) VER TEXTO UNICO ORDENADO aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF, publicado el 14-05-97.

CONCORDANCIAS: LEY N° 26323
D.S. N° 155-2001-EF
LEY N° 27607
R.M. N° 757-2006-EF-15
(Aprueban Tabla de Mortalidad SP 2005)
D.U. N° 007-2007 (Dictan medidas sobre otorgamiento de pensiones complementarias a los pensionistas del Sistema Privado de Pensiones)
Administración de Fondos de Pensiones)
CIRCULAR N° AFP-92-2008
(Aprueban Lineamientos para la aplicación de comisiones sobre el saldo administrado en el caso de los aportes voluntarios)

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- El Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones(SPP) tiene como objeto contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema de previsión social en el área de pensiones y está conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones(AFP), las que administran los Fondos de Pensiones a que se refiere el Capítulo II del Título II de la presente Ley y otorgan obligatoriamente a sus afiliados las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio a que se refiere el Capítulo V del Título II de la presente ley.

Artículo 2.- Corresponde a los trabajadores, cualquiera que sea la modalidad del trabajo que realicen, afiliarse a las AFP en los términos establecidos por la presente Ley, sus reglamentos y las disposiciones generales que para dicho efecto dicte la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (la Superintendencia).

Artículo 3.- El SPP funciona bajo la modalidad de Cuentas Individuales de Capitalización.

TITULO II

LA INCORPORACION AL SPP

Artículo 4.- La incorporación al SPP se efectúa a través de la afiliación a una AFP. Tal afiliación es voluntaria para todos los trabajadores dependientes o independientes. Los trabajadores pueden desafiliarse de la respectiva AFP a fin de afiliarse al IPSS en un plazo que no puede exceder de 2 años a partir de la vigencia de la presente ley. Las condiciones de desafiliación de una AFP y consecuente afiliación al IPSS son establecidas por la Superintendencia.

En el caso de traslado del SPP a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS: (i) el trabajador debe iniciar sus aportes al IPSS; (ii) debe reducirse de su remuneración un monto equivalente al incremento a que se refiere el Artículo 8 de la presente ley; y (iii) el empleador debe iniciar sus aportes al IPSS, efectuar el pago de la compensación por tiempo de servicios conforme al Decreto Legislativo N° 650 y el Seguro de Vida Obligatorio regulado por el Decreto Legislativo N° 688.(*).

(*) Confrontar con el Artículo Primero de la Ley 27252, publicada el 07 enero 2000.

Artículo 5.- Los afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS pueden optar por permanecer en ellos con todos los derechos y beneficios inherentes a dichos regímenes o por incorporarse al SPP. En este último caso, su traslado al SPP es reversible dentro de los dos años siguientes de la vigencia de la presente ley, siempre que sean mayores de 55 años si son hombres y de 50 años si son mujeres, o que la razón determinante de su afiliación al SPP haya sido la creencia equivocada de que tenía derecho al Bono de Reconocimiento en el momento de la promulgación de la presente Ley. (*)

(*) De conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley 26323, publicada el 02-06-94, se señala que el plazo para ejercer el derecho de reversibilidad al Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el presente párrafo, será de dos años a partir de la fecha de vigencia de la citada Ley.

En el caso de retorno del SPP a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS se aplicarán las siguientes reglas:

a) El trabajador debe reiniciar sus aportes al IPSS sumándose sus años de permanencia en el SPP a los de su permanencia total en el IPSS a efectos de calcular sus beneficios y siendo el Bono de Reconocimiento un pago a cuenta de sus beneficios. A efectos de la aplicación del Bono de Reconocimiento como pago a cuenta, se descuenta de la pensión mensual del trabajador, una proporción equivalente a la proporción de años que reconoce el Bono de Reconocimiento sobre el total de los años de aporte efectuado por el trabajador;

b) Queda sin efecto el aumento de remuneraciones a que se refiere el Artículo 8 siguiente; y,

c) Renace la obligación del empleador de efectuar los aportes al IPSS, el pago de la compensación por tiempo de servicios conforme al Decreto Legislativo N° 650 y el Seguro de Vida Obligatorio regulado por el Decreto Legislativo N° 688.

En el caso de lo dispuesto por el Artículo 4 precedente y el presente artículo, la AFP, en un plazo que no puede exceder de 10 días de comunicado el traslado al IPSS, debe: (i) transferir al IPSS los montos acumulados en la respectiva Cuenta Individual de Capitalización, salvo los correspondientes a los aportes obligatorios a que se refiere el inciso e) del Artículo 30, y a los aportes voluntarios a que se refiere el inciso b) del Artículo 30, los que serán entregados a la depositaria que conforme al Decreto Legislativo N° 650 elija el trabajador o directamente al mismo si se trata de un trabajador cesante; y, (ii) transferir a los trabajadores los aportes voluntarios a que se refieren el inciso a) y el último párrafo del artículo 30, y el artículo 31 siguientes.(*).

(*) Confrontar con el Artículo Primero de la Ley 27252, publicado el 07 enero 2000.

Artículo 6.- A efecto de su afiliación, el trabajador puede elegir libremente la AFP, así como cambiar de AFP una o más veces si lo considera conveniente, con el aviso previo a su empleador, de ser el caso, y a la AFP de la que se retira en la forma y condiciones que establezcan los reglamentos.

La afiliación es personal e indelegable, salvo lo que dispongan los reglamentos. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 11 de la Ley N° 26504, publicada el 18-07-95, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 6°.- El Trabajador puede elegir libremente la AFP a la cual desea afiliarse.

Asimismo, puede cambiar de AFP siempre que cuente con seis o más cotizaciones consecutivas en la AFP de la cual desea trasladarse. Para tal efecto, el afiliado informará, a la AFP que abandona, su voluntad de traspasarse en la forma que establezcan los reglamentos y abonará el importe por concepto de gastos de traspaso que establezca la Superintendencia. Los requisitos indicados no son de aplicación cuando el trabajador desea traspasarse de la AFP elegida por el empleador.

El trabajador, al ingresar a laborar a un centro de trabajo, en un plazo improrrogable de diez, (10) días naturales, procederá a informar a su empleador si se encuentra incorporado a SNP o el SPP, y, en este último caso, la AFP a la que se encuentra afiliado. Caso contrario, el empleador lo afiliará a la AFP en la que tenga más trabajadores afiliados." (*)

(*) Párrafo sustituido por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 874, publicado el 05-11-96, cuyo texto es el siguiente:

"Cuando un trabajador no afiliado al Sistema Privado de Pensiones ingrese a laborar a un centro de trabajo, el empleador deberá obligatoriamente afiliarlo a la AFP que aquél elija, salvo que, expresamente y por escrito, en un plazo improrrogable de 10 días naturales manifieste su deseo de permanecer o incorporarse al SNP.

El empleador que contrate en calidad de independiente a quien, por la naturaleza de los servicios prestados, tiene la calidad de trabajador dependiente, será responsable de regularizar todos los aportes al SPP devengados en el correspondiente período, incluidos los intereses por mora. Esta obligación existe sin menoscabo de las acciones que aplique el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en función de las normas laborales pertinentes."

Artículo 7.- Las AFP tienen la obligación de afiliar a cualquier trabajador que lo solicite, en las condiciones establecidas en la presente ley, sus reglamentos y las disposiciones generales que emita la Superintendencia.

El incumplimiento de la obligación establecida en el párrafo precedente da lugar a la cancelación de la licencia de funcionamiento de la respectiva AFP. En tal caso, el Fondo pasa a ser administrado por otra AFP, según como lo determine la Superintendencia.

CONCORDANCIA : R. N° 044-94-EF-SAFP

Artículo 8.- A partir del momento de la incorporación del trabajador dependiente al SPP mediante su afiliación a una AFP, su remuneración mensual se incrementa de la siguiente manera:

a) En el 10.23% de su remuneración. Con dicho aumento, desaparece la obligación del empleador de aportar a otros sistemas de pensiones administrados por el IPSS o por terceros, respecto al correspondiente trabajador; (*)

b) En un 3% adicional sobre su remuneración incluido el porcentaje a que se refiere el inciso a) precedente; (*)

c) A opción del trabajador, en el 9.72% de su remuneración. Con el ejercicio de tal opción, desaparece la obligación del empleador de efectuar los correspondientes depósitos y provisión por compensación por tiempo de servicios; y, (*)

(*) Incisos derogados por el Artículo 8 de la Ley N° 26504, publicada el 18-07-95, el cual adicionalmente señala que en el caso de los trabajadores que hayan optado por el incremento de remuneraciones que contempla el citado inciso c), dicho incremento quedará sin efecto a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente artículo renunciando la obligación de los empleadores de efectuar el pago de la compensación por tiempo de servicios según las normas del Decreto Legislativo N° 650."

d) En el monto correspondiente al Seguro de Vida Obligatorio a que se refiere el Decreto Legislativo N° 688. Con tal incremento desaparece la obligación de aporte para dicho fin. (*)

(*) Inciso derogado por el Artículo 1 de la Ley N° 26182, publicada el 12-05-93

Artículo 9.- En el caso de optar el trabajador por dejar el régimen del IPSS e incorporarse al SPP, recibe un "Bono de Reconocimiento" emitido por el IPSS por el monto correspondiente a los beneficios del trabajador en función a los meses de sus aportes al IPSS hasta la fecha de vigencia de presente ley.

Únicamente están facultados a recibir el "Bono de Reconocimiento" los trabajadores afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS al momento de entrada en vigencia de la presente ley y que hayan cotizado en el IPSS los 6 meses inmediatamente anteriores a su incorporación al SPP y un mínimo de 48 meses en total dentro de los 10 años previos a la fecha de vigencia de la presente Ley.

Los "Bonos de Reconocimiento" deben ser entregados por el IPSS a la AFP que el trabajador indique, quien a su vez los debe entregar a una entidad de servicios de guarda física de valores.

CONCORDANCIAS: D. Ley N° 25967, Art. 7

Artículo 10.- Los "Bonos de Reconocimiento" tienen las siguientes características:

a) Deben ser nominativos;

b) Deben expresarse en moneda nacional y mantener su valor constante en función del Índice de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica el INEI, o el indicador que lo sustituya, tomándose como base el índice del mes de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley;

c) Están garantizados por el Estado;

d) Son redimibles: (i) en la fecha en que el titular original cumpla la edad de jubilación, haya sido transferido o no; o, (ii) con la muerte, con la jubilación anticipada o con la declaración de invalidez total permanente del titular original antes de haber cumplido la edad de jubilación, sólo si el "Bono de Reconocimiento" no hubiese sido transferido.

Artículo 11.- Los títulos representativos de los "Bonos de Reconocimiento" deben expresar:

a) Su designación específica;

b) La denominación del ente emisor;

c) Su valor nominal, que es calculado tomando como base la fecha de vigencia de la presente ley, independientemente del momento del traslado al SPP;

d) La fecha de emisión que es, para la totalidad de "Bonos de Reconocimiento", la de la entrada en vigencia de la presente ley;

e) La fecha de redención, que debe ser la fecha en que el titular original cumpla la edad de jubilación;

f) Su número;

g) El nombre del titular original; y,

h) Las características a que se refiere el Artículo 10 anterior, que deben expresarse en el reverso del título.

Artículo 12.- Los "Bonos de Reconocimiento" pueden ser transferidos por endoso. El endoso del primer titular sólo puede hacerse a título oneroso y a cambio de dinero, el que debe ser íntegramente abonado en la Cuenta Individual de Capitalización del primer titular a que se refiere el Artículo 19 de la presente ley. Tal transferencia debe ser necesariamente efectuada a través de la AFP en la que está aplicado al trabajador. La AFP está impedida de recibir una retribución por dicho servicio.

Los "Bonos de Reconocimiento" no pueden ser dados en garantía por el titular original.

Los "Bonos de Reconocimiento" tienen un valor nominal máximo de S/. 60,000.00, actualizado conforme a los Índices de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya. La base del índice es la del mes de entrada en vigencia de la presente Ley.

TITULO III

LAS AFP

CAPITULO I

CONSTITUCION Y ORGANIZACION DE LAS AFP

Artículo 13.- Las AFP deben constituirse como sociedades anónimas. Son de duración indefinida y tienen como único objeto social administrar un determinado Fondo de Pensiones (el Fondo) y otorgar las prestaciones a que se refiere el Artículo 38 de la presente Ley. Para dicho fin, las AFP recaudan por sí mismas o a través de terceros, los recursos destinados al Fondo.

La razón social de las AFP debe comprender la sigla "AFP" y en ningún caso puede incluir el nombre de personas jurídicas o naturales existentes, ni nombres que desvirtúen la naturaleza del servicio o que induzcan a error o confusión.

Las AFP no pueden funcionar en locales en los que funcionen otras entidades.

Artículo 14.- El capital mínimo de las AFP es de S/. 500,000.00, que debe ser íntegramente suscrito y totalmente pagado en dinero en el momento de su constitución.

La suma del capital se actualiza anualmente al cierre de cada ejercicio en función al Índice de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica periódicamente el INEI o el indicador que lo sustituya. La base del referido índice es el número que arroje para el mes de enero de 1992.

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, las AFP deben aumentar su capital social de acuerdo a los requerimientos de su operación o si, con la exclusiva finalidad de proteger los derechos de los afiliados, se lo exige la Superintendencia. Los respectivos aportes deben ser necesariamente en dinero.

Antes de que las AFP inicien operaciones con el público deben tener inscritas y registradas en bolsa las acciones representativas de su capital.

Artículo 15.- Para constituirse y efectuar publicidad, las AFP deben tener autorización de la Superintendencia, según como se establece en el inciso b) del Artículo 54 de la presente Ley.

Los locales de las personas naturales o jurídicas que efectúen actividades iguales o similares a las de las AFP sin haber obtenido autorización de la Superintendencia pueden ser clausurados, para lo cual el Superintendente puede contar con el

apoyo de la fuerza pública. Si ésta rehusa brindar su apoyo, queda incurso en el delito de abuso de autoridad previsto en el primer párrafo del Artículo 378 del Código Penal.

Es aplicable al supuesto de la presente norma lo establecido por el penúltimo párrafo del Artículo 65 de la presente ley.

Artículo 16.- Están impedidos de participar en forma directa o indirecta en una AFP:

a) Las empresas bancarias, financieras o de seguros que operen en el Perú, comprendidas en el Decreto Legislativo N° 637;

b) El IPSS;

c) Las entidades que brinden a las AFP servicios de guarda física de valores;

d) Las empresas Clasificadoras de Riesgo a que se refiere el Artículo 25. de la presente Ley;

e) Otras AFP, así como sus accionistas con una participación superior al 3% del capital de las respectivas AFP;

f) Los agentes de intermediación a que hace referencia el Decreto Legislativo N° 755;

g) Las asociaciones mutuales de crédito y las cajas de ahorro y préstamo.

Se considera participación indirecta para los efectos de la aplicación de los supuestos considerados en el presente artículo, en lo que sea aplicable, la establecida en los artículos 53 y 54 del Decreto Legislativo N° 637.

A efectos de la aplicación del presente artículo, se presume que no hay propiedad indirecta a que se refiere el Artículo 54 del Decreto Legislativo N° 637 en los casos en que los accionistas de empresas consideradas en los incisos a), c), d), f) y g) sean organizadores de una AFP o se incorporen a ésta, salvo que: (i) exista razón fundada de que la organización o el funcionamiento de una AFP está dirigida fundamentalmente a favorecer a las empresas consideradas en los incisos a), c), d), f) y g); o, (ii) sea presumible que se producirá competencia desleal.

La Superintendencia debe calificar de oficio, o a pedido de parte, el supuesto señalado en el literal (i) y a pedido de parte el supuesto señalado en el literal (ii). En los casos de denuncias maliciosas o negligentes, la Superintendencia cancelará la licencia de la AFP si el denunciante es una AFP o aplicará una multa equivalente al doble del capital mínimo requerido para constituir una AFP, si el denunciante es un tercero.

Artículo 17.- Las AFP deben abstenerse de efectuar actos que importen competencia desleal.

Sin perjuicio de la determinación de los supuestos de competencia desleal que debe establecer en cada caso la Superintendencia a solicitud del perjudicado, se considera competencia desleal el ofrecer a los actuales y futuros afiliados, con el objeto de mantener o incentivar su afiliación, beneficios que no estén directamente relacionados con la operación de las AFP, o que estando relacionados, la AFP esté en condiciones de ofrecerla por la posición de ventaja de sus accionistas.

CAPITULO II

ADMINISTRACION DEL FONDO DE PENSIONES

Artículo 18.- Cada AFP administra un Fondo de Pensiones (el Fondo), salvo lo dispuesto por el Artículo 68 de la presente ley. El Fondo no integra el patrimonio de las AFP y su contabilidad debe ser llevada por separado.

Artículo 19.- El Fondo está constituido por la suma total de las Cuentas Individuales de Capitalización a que se refiere el párrafo siguiente, menos, de ser el caso, el rubro de la retribución de las AFP a que se refiere el Artículo 24 de la presente ley.

Las Cuentas Individuales de Capitalización están integradas por:

a) Los aportes obligatorios y voluntarios de los afiliados a que se refiere el Artículo 30 de la presente ley.

b) Los aportes voluntarios que efectúen los empleadores en favor de los afiliados a que se refiere el Artículo 31 de la presente ley.

c) Los intereses compensatorios y las penalidades que establezcan los reglamentos.

d) El producto de la transferencia efectuada por el primer titular o de la redención de los "Bonos de Reconocimiento".

e) Las ganancias de capital y demás rendimientos que generen los montos de las Cuentas Individuales de Capitalización.

f) Los bienes no dinerarios que sustituyan a los montos de las Cuentas Individuales de Capitalización; y,

g) Los montos correspondientes a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en los casos que se produzcan tales contingencias.

Artículo 20.- Los bienes que integran el Fondo, el Fondo Complementario a que se refiere el Artículo 50 de la presente ley, el Fondo de Longevidad a que se refiere el Artículo 44 de la presente ley, el Encaje Legal a que se refiere el inciso b) del Artículo 23 de la presente ley y, en general, las garantías que determine la Superintendencia son inembargables, salvo los aportes voluntarios de los afiliados registrados en la "Libreta Complementaria de Capitalización AFP" a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 21.- La Cuenta individual de Capitalización de cada afiliado queda expresada en 2 libretas de registro denominadas "Libreta de Capitalización AFP" y "Libreta Complementaria de Capitalización AFP". En la primera se anotan todos los movimientos y saldos de los aportes obligatorios a que se refieren los incisos a) y e) del Artículo 30, de los aportes voluntarios a que se refieren los incisos a) y b) del Artículo 30 y de los aportes del empleador a que se refiere el Artículo 31, así como las ganancias de todos ellos, debiendo especificarse la naturaleza y origen de cada uno de los aportes. En la segunda se anotan los movimientos y saldos de los aportes voluntarios del afiliado a que se refiere el último párrafo del Artículo 30, así como sus ganancias.

Las AFP deben informar por lo menos cuatrimestralmente y por escrito a sus afiliados de los movimientos y saldos de las Cuentas Individuales de Capitalización, sin perjuicio de las solicitudes que a dicho fin puedan efectuar los afiliados.

CAPITULO III

DE LAS INVERSIONES Y DE LA CALIFICACION Y CLASIFICACION

Artículo 22.- Las AFP administran los Fondos, invirtiendo sus recursos en la forma determinada en la presente ley, sus reglamentos y las disposiciones generales que a ese efecto emita la Superintendencia.

Artículo 23.- Las inversiones a que se refiere el artículo anterior deben generar una rentabilidad mínima, que es determinada por los reglamentos. La rentabilidad mínima está garantizada por:

a) La Reserva de Fluctuación de Rentabilidad, que está constituida por la parte de la rentabilidad que genere cada Fondo sobre la rentabilidad promedio del SPP más un porcentaje determinado, de acuerdo a lo establecido en los reglamentos;

b) El Encaje Legal, que se constituye con recursos propios de las AFP; y,

c) Otras garantías que la Superintendencia determine de manera general.

Los aportes de capital, o de ser el caso, la capitalización de reservas para mantener la rentabilidad mínima se perfeccionan con la suscripción del Acta de Junta de Accionistas, la que se inscribe directamente en el Registro Mercantil.(*).

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 874, publicado el 05-11-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 23°.- Las inversiones a que se refiere el artículo anterior deben generar una rentabilidad cuyo resultado neto será materia de una adecuada difusión hacia los afiliados y público en general. Dicha rentabilidad será ordenada de mayor a menor en función de los niveles obtenidos por cada AFP, de acuerdo con las normas y en la periodicidad que sobre el particular apruebe la Superintendencia.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, con la opinión técnica de la Superintendencia, se determinarán los criterios aplicables a la rentabilidad mínima, la misma que está garantizada por el Encaje Legal que se constituye con recursos propios de las AFP y con otras garantías."

Artículo 24.- Las AFP perciben por la prestación de todos sus servicios una retribución compuesta por uno o por la combinación de los siguientes rubros:

a) Una comisión no establecida en porcentajes, que se expresa en moneda nacional;

b) Una Comisión porcentual calculada sobre la Remuneración Asegurable del afiliado; y,

c) Una comisión porcentual sobre los saldos administrados.

La retribución es establecida libremente por cada AFP, y debe ser única y de aplicación general para todos sus afiliados.(*).

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 Decreto Legislativo N° 874 publicado el 05-11-96, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 24.- Las AFP perciben por la prestación de todos sus servicios una retribución establecida libremente, de acuerdo al siguiente detalle:

a) Por el aporte obligatorio a que se hace referencia en el inciso a) del Artículo 30 de la presente Ley, una comisión porcentual calculada sobre la Remuneración Asegurable del afiliado. La retribución debe ser aplicada por la AFP por igual a todos sus afiliados. Sin embargo, cada AFP podrá ofrecer reducciones en la retribución de los afiliados en función de su tiempo de permanencia o regularidad de cotización en la AFP. La Superintendencia dictará las normas reglamentarias sobre la materia;

b) Por los aportes voluntarios, una comisión porcentual calculada sobre los referidos aportes voluntarios, en el caso de retiro de los mismos;

c) Para el caso de los afiliados pasivos que hubieran optado por percibir pensiones bajo modalidad de renta temporal y retiro programado, una comisión fija o porcentual sobre la pensión."(*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 124-96-EF, publicado el 24-12-1996, la estructura de retribuciones contenida en este artículo se aplicará a partir del pago de los aportes devengados en el mes de enero de 1997.

CONCORDANCIA :

R. N° 546-96-EF-SAFP, Art. 3,

Artículo 25.- Las inversiones de las AFP, sólo podrán efectuarse en los porcentajes máximos establecidos por el Banco Central de Reserva dentro de los límites que para tal fin determinen los reglamentos de esta Ley, debiendo contarse con opinión de la Superintendencia.

A fin de lograr una rentabilidad, dentro de la máxima seguridad, que permita cubrir a la AFP el otorgamiento de las prestaciones a que se encuentre obligada, las inversiones del Fondo se efectuarán en:

- a) Valores emitidos por el Gobierno Central de la República del Perú;
- b) Valores emitidos por el Banco Central de Reserva del Perú;
- c) Depósitos a plazo y otros títulos representativos de captaciones por parte de empresas del Sector Financiero;
- d) Bonos emitidos por empresas del Sistema Financiero;
- e) Instrumentos financieros de corto plazo que confieren derechos crediticios;
- f) Bonos de empresas privadas, con la excepción de las del Sistema Financiero;

CONCORDANCIA : R. N° 048-94-EF-SAFP, Art. 1

- g) Acciones representativas del capital social;
- h) Acciones de trabajo;
- i) Certificados de Suscripción preferente;
- j) Colocación en Operaciones de Reporte;
- k) Productos derivados de valores que se negocien en Rueda de Bolsa;
- l) Cuotas de Fondos Mutuos de Inversión en Valores;
- m) Instrumentos financieros emitidos o garantizados por Estados o Bancos Centrales de países extranjeros, así como acciones y bonos emitidos por instituciones extranjeras.
- n) Emisiones primarias de acciones o bonos, dirigidas a financiar el desarrollo de nuevos proyectos.
- o) Otros valores mobiliarios, cuando la Superintendencia lo determine.

La inversión en los valores a que se refieren los incisos e) y j) sólo se podrán efectuar bajo los límites y características que determine la Superintendencia.

Los límites de inversión deberán sujetarse a los criterios de diversificación siguientes:

- i. Las inversiones comprendidas en los incisos a), b), c), d) y f), no deberán superar individualmente el 25% del valor del Fondo.
- ii. Las inversiones comprendidas en los incisos a) y b) no deberán superar en conjunto el 60% del valor del Fondo.
- iii. Las inversiones comprendidas en los incisos c) y d) no deberán superar el 30% del valor del Fondo.
- iv. Las inversiones comprendidas en el inciso e), no deberán superar el 10% del valor del Fondo.
- v. Las inversiones comprendidas en los incisos g), h), i), j), k) y l), no deberán superar individualmente el 10% del valor del Fondo, ni en conjunto el 30% del mismo.

vi. Las inversiones comprendidas en los incisos m) y n), no deberán superar individualmente el 5% del valor del Fondo. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N°150-95- EF, publicado el 01-12-95, cuyo texto es el siguiente:

"i.-Las inversiones comprendidas en los incisos a), b) y c) no deberán superar individualmente el 30% del valor del Fondo y las comprendidas en el inciso f) no deberán superar el 35% del valor del Fondo.

"ii.-Las inversiones comprendidas en el inciso d) no deberán superar individualmente el 25% del valor del Fondo.

"iii.-Las inversiones comprendidas en los incisos e), i), j), k), l) y n) no deberán superar individualmente el 10% del valor del Fondo.

iv.- Las inversiones comprendidas en los incisos g) y h) no deberán superar individualmente el 20% del valor del Fondo.

v.- Las inversiones comprendidas en el inciso m) no deberán superar el 10% del valor del Fondo.

vi.-Las inversiones comprendidas en los incisos a) y b) no deberán superar en conjunto el 40% del valor del Fondo.

vii.- Las inversiones comprendidas en los incisos c) y d) no deberán superar en conjunto el 40% del valor del Fondo.

viii.- Las inversiones comprendidas en los incisos g), h), i), j), k) y l) no deberán superar en conjunto el 35% del valor del Fondo."

En el caso de adquisiciones o ventas de valores mobiliarios, éstas deberán realizarse en valores que por requerimiento del Decreto Legislativo N° 755 estén debidamente registrados en el Registro Público de Valores e Intermediarios.

Para los casos de valores que no se encuentren inscritos en dicho Registro, la Superintendencia, mediante norma genérica, y contando con la opinión previa de CONASEV, establecerá los valores cuya negociación les estará permitida a las AFP.

Para la inversión de los instrumentos a los que se refiere el inciso m) se requiere opinión favorable del Banco Central de Reserva.

No están comprendidos dentro de los alcances de este requerimiento los valores emitidos por el Gobierno Central de la República del Perú así como por el Banco Central de Reserva del Perú.

A solicitud la Superintendencia, por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se podrá variar los límites de inversión señalados en el presente artículo. (*)

(*) Párrafo modificado por el Artículo 12 de la Ley N° 26504, publicado el 18-07-95, cuyo texto es el siguiente:

"Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas con la opinión técnica de la Superintendencia se podrá variar los límites de inversión señalados en el presente artículo."

CONCORDANCIA : R. N° 281-93-EF-SAFP, Artículo 1

Artículo 26.- La calificación y clasificación de los valores mobiliarios e instrumentos financieros debe tomar en consideración el riesgo de los mismos en función a la solvencia y solidez de los emisores, la rentabilidad esperada, el nivel de liquidez, la presencia de los valores mobiliarios e instrumentos en el mercado y demás criterios que le sean aplicables. Los sistemas de clasificación deben adecuarse a los sistemas internacionalmente aceptados.

Artículo 27.- Los accionistas, directivos y empleados de las Empresas Clasificadoras de Riesgo y los integrantes de la Comisión Clasificadora que revelaren cualquier información sujeta a clasificación, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de 4 años ni mayor de 10 años y con 365 a 730 días multa.

Si la información reservada es utilizada por el agente antes de ser divulgada en el mercado, directa o indirectamente, en beneficio propio o de terceros, la pena privativa de libertad será no menor de 6 ni mayor de 12 años.

Artículo 28.- Las Empresas Clasificadoras de Riesgo que califiquen y clasifiquen valores mobiliarios e instrumentos financieros en los cuales las AFP pueden invertir los recursos de sus respectivos Fondos, deben registrarse en la Superintendencia.

CAPITULO IV

LOS APORTES

Artículo 29.- Los aportes al Fondo pueden provenir de los trabajadores dependientes, de los trabajadores independientes o de los empleadores. En el primer caso, los empleadores actúan como agentes retenedores.

Artículo 30.- Los aportes de los trabajadores dependientes pueden ser obligatorios o voluntarios.

Los aportes obligatorios están constituidos por:

- a) El 10% de la Remuneración Asegurable;(*)

(*) De conformidad con el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 124-96-EF, publicado el 24-12-1996, a partir del 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 1997, este porcentaje será de 8%.

b) Un porcentaje de la Remuneración Asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez y sobrevivencia y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio;

c) El 1% de la Remuneración Asegurable como contribución de solidaridad entregada al IPSS, el cual es destinado al financiamiento de programas de bienestar social, excluidos los de salud, para personas minusválidas o de más de 65 años de edad. (*)

(*) Inciso derogado por el Artículo 7 de la Ley N° 26504, publicada el 18-07-95, eliminándose la contribución de solidaridad del 1% que afecta a los trabajadores incorporados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

d) Los montos y/o los porcentajes que cobren las AFP por los conceptos establecidos en los incisos a) y b) del Artículo 24 de la presente ley; y,

e) El incremento en la remuneración del trabajador a que se refiere el inciso c) del Artículo 8 de la presente ley.

Los aportes voluntarios están constituidos por:

a) Un porcentaje de su Remuneración Asegurable, que no puede exceder del 20% de la misma para efectos de garantizar la inembargabilidad a que se refiere el Artículo 20 de la presente ley; y,

b) En el caso de ejercicio de la opción a que se refiere el inciso c) del Artículo 8, precedente, un porcentaje no mayor del 2% mensual del fondo de compensación por tiempo de servicios que mantiene el trabajador en el sistema financiero.

c) El monto de la compensación por el tiempo de servicios acumulado al 31 de diciembre de 1990 que el empleador deba transferir conforme a la Octava Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 650, salvo que se hubiere celebrado el Convenio Individual a que se refieren los Artículos 35 y siguientes del mismo dispositivo.

Cualesquiera aportes sobre el límite del 20% a que se refiere el punto a) precedente se integran igualmente a la Cuenta Individual de Capitalización, debiendo registrarse, sin embargo, en la "Libreta Complementaria de Capitalización AFP" a que se

refiere el Artículo 21. Los montos registrados en la misma son embargables.

CONCORDANCIAS : Ley N° 26731, Art. 1
D.Leg. N° 875, Art. 1

Artículo 31.- Los aportes voluntarios del empleador no están sujetos a límite.

Artículo 32.- Los aportes obligatorios a que se refieren los incisos a) y e) del Artículo 30, los aportes voluntarios a que se refiere el Artículo 30 y los aportes del empleador a que se refiere el Artículo 31 precedentes deben ser íntegramente abonados a la Cuenta Individual de Capitalización de cada afiliado.

Artículo 33.- Los aportes del trabajador independiente que opte por incorporarse al SPP son de exclusivo cargo, siendo de aplicación a los mismos lo establecido en el Artículo 30 precedente, según corresponda.

Artículo 34.- Los aportes a los que se refiere el Artículo 30 precedente, deben ser declarados, retenidos y pagados por el empleador a la AFP en la que se encuentre afiliado el trabajador. El pago puede ser hecho a través de la institución financiera o de otra naturaleza que designe la AFP.

La declaración, retención y pago deben efectuarse dentro de los primeros cinco días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones afectas.

La forma de pago de los aportes del empleador a que se refiere el Artículo 31 debe efectuarse en el mismo plazo que el señalado en el párrafo precedente.

La forma de pago de los aportes del trabajador independiente se establece de común acuerdo entre éste y la respectiva AFP.

Artículo 35.- Sin perjuicio de las sanciones, multas o recargos que puedan recaer sobre el empleador por la demora o el incumplimiento de su obligación de retención y pago, el trabajador, directamente o a través de la AFP a la que está afiliado, puede accionar penalmente contra los representantes legales del empleador en el caso de que en forma maliciosa incumplan con su obligación de retener, pagar o presentar declaraciones incompletas o falsas. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26336, publicado el 23-07-94, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 35.- Cuando el empleador no cumpla con el pago oportuno de los aportes al Sistema Privado de Pensiones, deberá formular una "Declaración sin Pago" de los mismos, dentro del mismo plazo que tiene para efectuar el pago de los aportes del trabajador utilizando el formato que designe la Superintendencia de AFP.

El incumplimiento de la obligación de formular dicha declaración por parte del empleador, o la formulación incompleta de la misma, será sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social con multa equivalente al 10% de la UIT vigente a la fecha de pago, por cada trabajador cuyos aportes no fueran declarados.

Sin perjuicio de las sanciones, multas o recargos que pudieran recaer sobre el empleador por la demora o el incumplimiento de su obligación de retención y pago, el trabajador directamente o a través de la AFP a la que está afiliado, puede accionar penalmente por delito de apropiación ilícita contra los representantes legales del empleador, en caso que en forma maliciosa incumplan o cumplan defectuosamente con su obligación de retener, pagar o declarar los aportes previsionales.

Si el empleador no retuviera oportunamente los aportes de sus trabajadores, responderá personalmente por el pago de los intereses, moras y multas a que se hubiere lugar, sin derecho a descontárselas posteriormente a sus trabajadores. El empleador sólo podrá descontar a sus trabajadores aquellas sumas que debió retener y no retuvo, correspondientes específicamente a los aportes que les hubiera correspondido pagar en la fecha que debió efectuarles la retención. "

Artículo 35 A.- A efectos de lo establecido en el artículo precedente, se considera legalmente responsable:

a) Al Gerente designado conforme a los Artículos 176 y siguientes de la Ley General de Sociedades, si el empleador fuera una sociedad anónima. Si el Gerente fuera una persona jurídica, la responsabilidad recaerá en quien la represente conforme al Artículo 183 de la Ley General de Sociedades;

b) Al funcionario de más alto nivel, si el empleador fuera una persona jurídica distinta;

c) Al titular del Pliego, si el empleador fuera una entidad perteneciente al Sector Público;

d) A la persona que dirige el negocio o actividad, si el empleador fuera una persona natural. (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 26336, publicada el 23-07-94

Artículo 36.- La cobranza de los aportes impagos se hace a través del procedimiento especial establecido en los reglamentos. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26336, publicada el 23-07-94, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 36.- Corresponde a las AFP determinar el monto de los aportes adeudados por el empleador a que se refiere el Artículo 30 precedente y proceder a su cobro. Para tal efecto, las AFP emitirán una Liquidación para Cobranza, sin perjuicio de seguir el procedimiento administrativo previo que establezca mediante Resolución la Superintendencia de AFP, con las formalidades requeridas, la misma que constituye título ejecutivo.

La liquidación para Cobranza tendrá el siguiente contenido:

a) Denominación de la AFP y nombre y firma del funcionario que practica la liquidación;
b) Nombre, razón social o denominación del empleador;
c) Los períodos de aportación a los que se refiere;
d) El nombre de los trabajadores cuyos aportes se adeudan;

e) El detalle de los aportes adeudados, incluyendo:
-Aportes que corresponden a la cuenta individual de capitalización del trabajador;
- Conceptos propios a las AFP;
-Conceptos por seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio;
-Impuestos aplicables conforme a Ley;

f) Los intereses y cargos moratorios devengados hasta la fecha de su elaboración;

g) Los demás elementos que establezca la Superintendencia mediante Resolución."

Artículo 37.- Corresponde a las AFP entablar las acciones de cobranza de las cotizaciones impagas. Tales acciones de cobranza son efectuadas ante los Ejecutores Coactivos, cuya designación compete a la Superintendencia.

La actuación de los Ejecutores Coactivos es establecida en los reglamentos. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26336, publicada el 23-07-94, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 37.- La ejecución de los adeudos contenidos en la Liquidación para Cobranza se efectuará de acuerdo con el Capítulo II del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil. Para efectos de dicha ejecución, se establecen las siguientes reglas especiales:

a) Cualquiera que sea la cuantía de la pretensión, el juez competente para conocer el proceso será el Juez de Paz Letrado del domicilio del demandado.

Los únicos anexos a la demanda serán la Liquidación para la cobranza y la copia simple del poder del representante o apoderado de la AFP. En caso que antes de la interposición de la demanda, la AFP hubiera registrado ante el Juzgado el nombre de su apoderado o representante adjuntando copia del documento en que consta la representación, no se requerirá de presentación de nuevas copias del poder para cada demanda.

b) El ejecutado podrá contradecir la ejecución sólo por los siguientes fundamentos:

1.- Estar cancelada la deuda, lo que se acreditará con copia de la Planilla de Pago de Aportes Previsionales debidamente cancelada;

2.- Nulidad formal o falsedad de la Liquidación para Cobranza;

3.- Inexistencia de vínculo laboral con el afiliado durante los meses en que se habrían devengado los aportes materia de cobranza, lo que se acreditará con copia de los libros de planillas;

4.- Error de hecho en la determinación de monto consignado como deuda en la Liquidación para Cobranza, lo que se acreditará con copia de los libros de planillas o de las boletas de pago de remuneraciones suscritas por el representante del demandado;

5.- Las excepciones y defensas previas señaladas en los Artículos 446 y 455 del Código Procesal Civil;

La contradicción se deberá presentar acompañada de prueba documental que acredite sus fundamentos, salvo en los casos a que se refiere el numeral 2 precedente y el inciso 3 del Artículo 446 del Código Procesal Civil;

No se admitirá prueba distinta a los documentos. En caso que la contradicción se fundamente en supuestos distintos a los enumerados precedentemente o no se acompaña la prueba documental que corresponda, el Juez declarará liminarmente su improcedencia imponiendo al demandado que la formuló una multa equivalente a 10 Unidades de Referencia Procesal.

c) Si se formula contradicción, el Juez expedirá sentencia dentro de los cinco días de realizada la absolución o sin ella. No se efectuará audiencia.

d) Independientemente de la cuantía de la pretensión, conocerá la apelación el Juez Especializado en lo Civil.

e) El Juez Especializado en lo Civil expedirá sentencia dentro de los diez días de recibido el expediente. No se admitirá informe oral.

f) No cabe recurso alguno contra la sentencia de Segunda Instancia.

g) En los procesos de cobranza de aportes al SPP, las AFP se encuentran exceptuadas de la obligación de ofrecer y presentar contracautela."

"Artículo 37 A.- Para efectos de la aplicación de las sumas líquidas ejecutadas, la distribución del monto recuperado, en primer lugar se aplicará a cubrir los adeudos provenientes de los montos que en su oportunidad debieron ser acreditados en la Cuenta Individual de Capitalización del trabajador afiliado. El saldo resultante se aplicará en forma proporcional a los conceptos a que se refieren los incisos b), c) y d) del Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 26336, publicada el 23-07-1994.

"Artículo 37 B.- Precísase el numeral 1 del Artículo 7 del Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, en el sentido que los créditos que tengan como origen el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, comprenden los aportes impagos tanto al Sistema Privado de Pensiones, como los adeudados al Sistema Nacional de Pensiones, incluyéndose expresamente en el primer caso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897.

Las AFP tendrán derecho a participar en las Juntas de Acreedores que se celebren en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Ley N° 26116, en representación de los créditos a que se refiere el párrafo precedente."(*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 26336, publicada el 23-07-1994.

CAPITULO V

LAS PRESTACIONES

Artículo 38.- Las prestaciones en favor de los trabajadores incorporados al SPP son exclusivamente las de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, y no incluyen prestaciones de salud ni riesgos de accidentes de trabajo.

SUBCAPITULO I

PENSION DE JUBILACION

Artículo 39.- Tienen derecho a recibir la pensión de jubilación los afiliados cuando cumplan 65 años de edad.

Artículo 40.- Procede la jubilación anticipada cuando el afiliado así lo dispongan siempre que obtenga una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas durante los últimos 120 meses, debidamente actualizadas.

Artículo 41.- La pensión de jubilación se calcula en base al saldo que arroje la Cuenta Individual de Capitalización del afiliado al momento que le corresponde la prestación, en función a los factores siguientes:

a) El capital acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización menos los fondos registrados en la "Libreta Complementaria de Capitalización AFP" que el afiliado decida retirar;

b) El producto de la venta o redención del Bono de Reconocimiento, en los casos que corresponda.

Artículo 42.- Para hacer efectiva la pensión de jubilación, el afiliado o sus sobrevivientes, según sea el caso, pueden optar por cualquiera de las modalidades siguientes:

- a) Retiro Programado
- b) Renta Vitalicia Personal
- c) Renta Vitalicia Familiar
- d) Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida.

Artículo 43.- El Retiro Programado es la modalidad de pensión administrada por una AFP mediante la cual el afiliado, manteniendo la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización, efectúa retiros mensuales contra el saldo de dicha cuenta hasta que la misma se extinga.

Los retiros mensuales se establecen de acuerdo al programa de retiros predeterminado por las partes, teniendo en consideración las condiciones establecidas y las tablas correspondientes publicadas por la Superintendencia.

El saldo que quedara en la Cuenta Individual de Capitalización en el momento del fallecimiento del afiliado pasa a sus herederos. A falta de herederos, el saldo pasa a integrar el

Fondo, distribuyéndose en montos iguales entre la totalidad de Cuentas Individuales de Capitalización de la correspondiente AFP.

Artículo 44.- La Renta Vitalicia Personal es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado contrata con una AFP una renta vitalicia mensual hasta su fallecimiento. Para tal fin, la AFP debe establecer un sistema de autoseguro mediante la utilización de los saldos de la Cuenta Individual de Calificación de los afiliados que contrataron tal modalidad y que hayan fallecido. Con dichas retenciones se constituye un Fondo de Longevidad que es administrado por la AFP.

Corresponde a la Superintendencia establecer los criterios para la inversión del Fondo de Longevidad, supervisar los saldos que integran el Fondo de Longevidad y la edad utilizada para el cálculo de la pensión, así como dictar las medidas complementarias para el debido funcionamiento del sistema.

La renta vitalicia interna procede desde el momento en que el afiliado le cede a la AFP el saldo de su Cuenta Individual de Capitalización.

Artículo 45.- La Renta Vitalicia Familiar es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado contrata directamente con la empresa de seguros de su elección el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivencia en favor de sus beneficiarios.

La Renta Vitalicia Familiar procede desde el momento en que el afiliado le cede a la empresa de seguros el saldo de su Cuenta Individual de Capitalización.

Artículo 46.- La Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata una Renta Vitalicia Personal o Familiar, con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su Cuenta Individual de Capitalización los fondos suficientes para obtener de la AFP una Renta Temporal durante el período que medie entre la fecha que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la Renta Vitalicia Diferida comienza a ser pagada por la AFP o por una empresa de seguros, según sea el caso.

La Renta Vitalicia Diferida que se contrate no puede ser inferior al 50% del primer pago mensual de la Renta Temporal ni superior al 100% de dicho primer pago.

SUBCAPITULO II

PENSION DE INVALIDEZ, SOBREVIVENCIA Y GASTOS DE SEPELIO

Artículo 47.- Los causales que originan la pensión de invalidez y de sobrevivencia son establecidas por los reglamentos.

Artículo 48.- Los riesgos de invalidez y sobrevivencia, así como los gastos de sepelio pueden ser administrados, a opción de las AFP, por las propias AFP o por Empresas de Seguros.

Las prestaciones de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio deben ser prestadas uniformemente por todas las AFP, o de ser el caso, por las Empresas de Seguros que operen o no en el Perú.

CONCORDANCIA : R. N° 309-93-SBS, Art. 4

Artículo 49.- En el caso de que una AFP opte por no administrar los riesgos a que se refiere el presente subcapítulo, la administración de tales riesgos se traslada a las Empresas de Seguros. En este último caso, quedan comprendidos todos los afiliados, correspondiendo a cada afiliado designar a través de la AFP la Empresa de Seguros que administre dichos riesgos o, en su caso, delegar en la AFP la selección de la misma. La selección de la Empresa de Seguros por parte de la AFP debe efectuarse utilizando los mecanismos de concurso establecidos por la Superintendencia.

En el caso que el afiliado elija la empresa de seguros, le corresponde pagar la prima correspondiente según el tarifario

establecido por dicha empresa, el cual debe ser único y de aplicación general a los afiliados de cualquier AFP que opten por esta modalidad. En el caso de los trabajadores dependientes el empleador actúa como agente retenedor transfiriendo los respectivos montos a la correspondiente AFP a fin de que ésta efectúe el pago a la empresa de seguros.

El afiliado puede trasladar la administración de los riesgos a que se refiere el presente artículo a otra empresa de seguros en la misma forma y plazos que dispongan los reglamentos para el cambio de una AFP a otra.

En el caso de que la AFP elija la empresa de seguros por delegación del trabajador afiliado, el componente del aporte obligatorio al que se refiere el inciso b) del Artículo 30 de la presente ley, es fijado por la AFP y debe ser único y de aplicación general para todos los afiliados que ejerzan esta opción.

Artículo 50.- En el caso de que la AFP opte por la administración directa de los riesgos a que se refiere el presente sub capítulo, deben quedar comprendidos todos sus afiliados. En tal caso, la AFP debe constituir un Fondo Complementario integrado por los aportes que corresponda hacer a los afiliados según lo establecido en el inciso b) del Artículo 30 de la presente ley, el cual es fijado por la AFP y es único y de aplicación general para todos los afiliados.

El Fondo Complementario sirve para cubrir los siniestros y está integrado por los aportes correspondientes y por la rentabilidad sobre los mismos. En caso que la siniestralidad sea inferior a la estimada, los excedentes del Fondo Complementario pasan a integrar el Fondo, con la frecuencia y en la modalidad que establezca la Superintendencia. En caso contrario, la AFP queda obligada a cubrir la diferencia con recursos propios.

Las inversiones a efectuarse con recursos del Fondo Complementario se rigen por los mismos principios que rigen al Fondo y por las disposiciones que sobre el particular dicte la Superintendencia.

Para cubrir el riesgo de una eventual catástrofe, la AFP debe contratar un seguro.

La Superintendencia queda facultada para establecer los mecanismos complementarios para el buen funcionamiento de estos sistemas.

Artículo 51.- Quedan exceptuados de lo establecido por el primer párrafo del artículo anterior los afiliados que manifiesten por escrito su voluntad de que tales riesgos sean administrados por una empresa de seguros. En tales casos, las Empresas de Seguros deben ser elegidas por los propios afiliados.

SUBCAPITULO III

PRUEBA DE DERECHOS Y PARTICIPACION DE EMPRESAS DE SEGUROS

Artículo 52.- El derecho a los beneficios es acreditado en la forma que establezcan los reglamentos.

Para que las Empresas de Seguros puedan participar en el SPP otorgando Renta Vitalicia Familiar, Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida o administrar los riesgos de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, deben registrarse en la Superintendencia y, por ese hecho, se obligan a asegurar a cualquier afiliado que lo solicite. El incumplimiento de esta última obligación da lugar a la cancelación del registro.

La Superintendencia no puede negar el registro a Empresas de Seguros que operen o no en el Perú.

CAPITULO VI

CONTROL DE LAS AFP(*)

(*) De conformidad con la Ley N° 27328, publicada el 24-07-2000, se incorpora bajo el control y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, estableciéndose en el artículo 5 de la citada ley que toda referencia a la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, contenida en la legislación vigente, debe ser entendida como efectuada a la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 53.- La Superintendencia ejerce, en representación del Estado, la función de control de las AFP en la forma determinada por la presente ley, sus reglamentos y por las disposiciones que emita.

La Superintendencia se crea por la presente ley como institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con personería de derecho público interno y con autonomía funcional, administrativa y financiera.

La Superintendencia está sujeta a las normas del Sistema Nacional del Control exclusivamente en lo que concierne al examen posterior y externo del manejo presupuestario y al control posterior de la legalidad.

Su organización, funciones y recursos con los que cuente son establecidos mediante Decreto Supremo.

El personal de la Superintendencia se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Artículo 54.- Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia:

a) Velar por la seguridad y la adecuada rentabilidad de las inversiones que efectúen las AFP con los recursos de los Fondos que administran;

b) Autorizar la organización y el funcionamiento de las AFP mediante el otorgamiento de licencias, y cancelarlas o suspenderlas;

c) Llevar los registros de AFP, de Empresas Clasificadoras de Riesgo, de entidades que brinden el servicio de guarda física de títulos, de entidades de Compensación y Liquidación de valores y de Empresas de Seguros;

d) Reglamentar el funcionamiento de las AFP y el otorgamiento de las prestaciones que éstas brindan a sus afiliados;

e) Fiscalizar a las AFP en el cumplimiento de las disposiciones legales y directivas administrativas que las rijan;

f) Dictar las disposiciones que permitan uniformar la información que las AFP proporcionen a sus afiliados y al público en general, a fin de evitar errores o confusiones en cuanto a su realidad patrimonial, a sus servicios, así como a los fines y funcionamiento del sistema;

g) Interpretar, sujetándose a las disposiciones del Derecho común y a los principios del Derecho, los alcances de las normas legales que rigen al SPP y a las AFP;

h) Fiscalizar la constitución, mantenimiento, operación y aplicación del Fondo de Reserva de Fluctuación de Rentabilidad, del Encaje Legal y de las demás garantías de rentabilidad y la inversión de los recursos destinados a dichos fondos;

i) Fiscalizar la inversión de los recursos de los Fondos, de los Fondos Complementarios, de los Fondos de Longevidad y del Encaje Legal;

j) En los casos expresamente previstos por esta ley y sus reglamentos, imponer a las empresas bajo su supervisión las sanciones y medidas cautelatorias que corresponda, disponer la disolución y proceder a la liquidación de las mismas;

k) Fijar el contenido mínimo de los contratos que se celebren entre las AFP y sus afiliados, entre las AFP y las Empresas de Seguros;

l) Expedir resoluciones que incorporen nuevas modalidades de operaciones y servicios a la actividad de las AFP dentro de los fines de las mismas;

m) Aprobar su presupuesto con arreglo a disposiciones legales sobre la materia así como supervisar la ejecución del mismo;

n) Las demás funciones no expresamente previstas, pero que deriven de su calidad de órgano contralor competente.

Artículo 55.- Las decisiones de la Superintendencia sobre asuntos de carácter general o particular deben estar contenidas en Resoluciones, las que para su vigencia se publican en el Diario Oficial.

Las Resoluciones de la Superintendencia constituyen precedentes administrativos de obligatoria observancia.

Artículo 56.- La Superintendencia es financiada con recursos propios obtenidos de las contribuciones correspondientes a derechos de supervisión a las AFP. La tasa de contribución por supervisión se aplicará como un porcentaje del patrimonio que administre la AFP.

La Superintendencia puede recibir créditos o donaciones de las instituciones o empresas no sujetas a su supervisión.

Las contribuciones a que se refiere el primer párrafo entrarán en vigencia en la oportunidad que lo determine el Decreto Supremo a que se refiere el Artículo 53. de la presente Ley. Con anterioridad a dicha vigencia la Superintendencia es financiada con recursos del Tesoro Público, debiendo incorporarse su respectivo pliego presupuestal dentro del volumen VI del presupuesto del Sector Público.

Artículo 57.- La Superintendencia, como parte del Sistema Nacional de Contabilidad a que se refiere el Artículo 145 de la Constitución Política del Perú, debe establecer el plan de cuentas de las AFP y de los Fondos y fija las normas contables para la elaboración de los estados financieros y sus correspondientes notas.

Artículo 58.- La Superintendencia está presidida por un Superintendente, que es nombrado por el Presidente de la República, a propuesta del Consejo de Ministros por un plazo de 5 años.

En caso de ausencia, suspensión o impedimento del Superintendente, actúa como tal un Superintendente Adjunto, según como se señale en los reglamentos. (*)

(*) Confrontar con el Artículo Primero de la Ley 27328, publicada el 24 julio 2000.

Artículo 59.- El Superintendente tiene la obligación de resolver diligentemente todos los asuntos de su competencia y en razón de su función de cautela del ahorro forzoso, su criterio prevalece en caso de discrepancia de criterios con otros organismos de supervisión y control.

Artículo 60.- El cargo de Superintendente no puede ser ejercido por:

a) Los directores, asesores, funcionarios, empleados de las entidades bajo control de la Superintendencia y los extranjeros;

b) Los que tengan participación directa o indirecta en la propiedad de cualquiera de las instituciones controladas por la Superintendencia;

c) Los que tengan los impedimentos a que se refieren los incisos i), j), k), l), n), ñ) del Artículo 288 del Decreto Legislativo N° 755;

d) Los quebrados y los insolventes, aunque se hubieren sobrepasado los procedimientos respectivos;

e) Los condenados por la comisión de delitos dolosos; y,

f) Los que no gocen del pleno ejercicio de los derechos civiles.

Artículo 61.- El Superintendente representa a la Superintendencia en los actos y contratos relacionados con el cumplimiento de sus funciones, pudiendo delegar facultades en los Superintendentes Adjuntos o en otros funcionarios de la Superintendencia.

Artículo 62.- Los funcionarios de la Superintendencia, bajo responsabilidad penal, deben guardar reserva sobre los documentos y antecedentes de los emisores e instrumentos que conozcan en razón de la clasificación a que se refiere el Artículo 25 de la presente ley. Tampoco pueden valerse, directa o indirectamente, en beneficio propio o de terceros, de la información a la que tengan acceso en el desempeño de sus funciones mientras no haya sido divulgada en el mercado.

Artículo 63.- El Superintendente es la única persona autorizada a nombrar, contratar, fijar remuneraciones, suspender, remover o cesar a los empleados de la Superintendencia, incluyendo a aquellos ocupados en la liquidación de las instituciones bajo su control y a los Ejecutores Coactivos.

Artículo 64.- El cargo de Superintendente vaca por:

a) Fallecimiento;

b) No asumir sus funciones dentro de los 30 días siguientes a su nombramiento;

c) Renuncia;

d) Incurrir en alguno de los impedimentos previstos en los incisos b) a f) del Artículo 60 de la presente ley;

e) Contravenir las disposiciones de la presente Ley o de sus reglamentos; y,

f) Abandonar el cargo.

CAPITULO VII

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LAS AFP

Artículo 65.- Las AFP se disuelven por las siguientes causales:

a) Por Resolución expresa del Superintendente. Las causales de disolución que ameritan la aplicación de lo dispuesto en el presente inciso, son fijadas por los reglamentos.

b) Por las causales establecidas en el Artículo 359 de la Ley General de Sociedades, para lo que se requiere, además, aprobación del Superintendente.

En el caso de las causales previstas en el Artículo 365 de la Ley General de Sociedades, el Superintendente debe formular las denuncias correspondientes con el objeto de que se promueva acción penal contra quienes violen la prohibición a que se contrae tal artículo. Sin perjuicio de las personas naturales o jurídicas que hayan resultado perjudicadas, la Superintendencia es considerada como parte civil en el respectivo proceso.

Para los fines de presentación de la denuncia de que trata el presente inciso, el Superintendente puede ejercer sobre la empresa infractora las mismas facultades de inspección que la ley concede a la Superintendencia sobre las instituciones que ella supervisa.

La Resolución de disolución importa, en todos los casos, la cancelación de la licencia de funcionamiento de pleno derecho.

Artículo 66.- La Resolución de disolución y posterior liquidación de una AFP no pone término a su existencia legal. La AFP sigue existiendo hasta que concluya el proceso liquidatorio y, como consecuencia de ello, se inscriba la resolución en el Registro Mercantil.

La disolución y liquidación de la AFP, no importa ni la disolución ni la liquidación del Fondo que administra, respecto del cual se procede conforme a la presente ley y sus reglamentos.

Artículo 67.- Resuelta la disolución y liquidación de una AFP, su administración y representación son asumidas por delegados especiales que en número impar de por lo menos 3 miembros, designe el Superintendente. Las funciones de los delegados especiales se fijan en los reglamentos.

Artículo 68.- Una vez formulados por los delegados especiales los inventarios y balances de la AFP y del Fondo, este último pasa a ser temporalmente administrado por otra u otras AFP designadas por el Superintendente, de acuerdo a los criterios que se establezca en los reglamentos.

Se exceptúa de esta disposición los casos de fusión de sociedades en las que la AFP que pase a administrar sea la que prevalezca.

Artículo 69.- Las deudas de una AFP en liquidación son pagadas en el siguiente orden:

- a) Las de la AFP con el Fondo que administra y el Encaje y las otras garantías que haya fijado la Superintendencia;
- b) Las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores de las AFP;
- c) Los tributos; y,
- d) Las demás no incluidas en los incisos anteriores.

Artículo 70.- Ningún juez puede declarar la quiebra de una AFP sin la anuencia expresa de la Superintendencia.

De declararse la quiebra, las funciones del síndico recaen necesariamente en los delegados que en número de 3 designe la Superintendencia. En el supuesto a que se contrae el presente artículo, la quiebra se presume fraudulenta y los directores y gerentes que tuvieron la administración de la AFP en el período inmediatamente anterior a la declaración de disolución y liquidación responden con su patrimonio por los pasivos sociales. No obstante, para la incautación de bienes debe recabarse previamente la autorización del Juez.

Lo dispuesto por el presente artículo así como por el artículo precedente, es de aplicación a las empresas obligadas a adecuarse a los alcances de la presente ley, a que se refiere la Primera, Disposición Transitoria.

TITULO IV

DISPOSICIONES TRIBUTARIAS

Artículo 71.- Los aportes efectuados por el afiliado a que se refiere el Artículo 30 de la presente ley, son deducibles para efectos del cálculo del Impuesto a la Renta. (*)

(*) Párrafo derogado por la Quinta Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 774, publicado el 31-12-93.

Se encuentran inafectos para propósitos del Impuesto a la Renta, los incrementos de las remuneraciones a que se refieren los incisos b), c) y d) del Artículo 8 y los aportes a que se refiere el Artículo 31 de la presente ley.

No gozan de este beneficio los aportes a que hace referencia el último párrafo del Artículo 30 de la presente Ley.

En el caso de traslado del trabajador del SPP al IPSS, los montos acumulados como consecuencia de los aportes voluntarios a que se refieren el inciso a) del Artículo 30 y el Artículo 31 de la presente ley, se consideran ingresos de trabajador afectos al Impuesto a la Renta.

Artículo 72.- No constituyen renta de las AFP los aportes y el rendimiento de las inversiones realizadas con cargo a los Fondos, salvo lo establecido en el inciso c) del Artículo 24.

Artículo 73.- Se encuentran inafectos al Impuesto a la Renta, los dividendos, intereses, comisiones y las ganancias de capital percibidas por el Fondo, por el Fondo Complementario y por el Fondo de Longevidad.

Artículo 74.- El patrimonio del Fondo, del Fondo Complementario y del Fondo de Longevidad no se encuentran afectos a los impuestos al patrimonio personal y al patrimonio empresarial.

Artículo 75.- Las transferencias de valores mobiliarios para el Fondo, para el Fondo Complementario y para el Fondo de Longevidad se encuentran inafectas a las tasas y contribuciones fijadas por CONASEV para este tipo de operaciones. Esta inafectación sólo rige para estos fondos ya sea como comprador o vendedor.

Artículo 76.- El patrimonio del Fondo, del Fondo Complementario y del Fondo de Longevidad y las operaciones que se realicen con cargo a éstos, se encuentran inafectas al pago de todo tributo creado o por crearse, inclusive de aquellos que requieren de norma exoneratoria expresa.

Artículo 77.- Las inafectaciones de impuestos comprendidas en los Artículos 73 y siguientes, se extienden a las Cuentas Individuales de Capitalización de cada trabajador.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

PRIMERA.- Toda entidad, incluidas las Derramas, que por mandato de la ley o bajo cualquier modalidad brinde a la fecha prestaciones de pensiones, podrá adecuarse en todos sus alcances a lo dispuesto por la presente ley y sus reglamentos. Aún en el caso que no se adecúen, quedan sujetas al control de la Superintendencia y a las disposiciones que imparta la Superintendencia.

En todos los casos, los afiliados a tales sistemas pueden trasladarse al SPP, para cuyo efecto pueden retirar los fondos acumulados en los mismos, a fin de que sean abonados en sus respectivas Cuentas Individuales de Capitalización en la AFP que elijan.

SEGUNDA.- El IPSS queda impedido de transformarse en una AFP.

TERCERA.- Las AFP pueden iniciar operaciones a partir de los cinco meses de la designación del Superintendente, previa autorización de la Superintendencia.

CUARTA.- La fecha a partir de la cual pueden efectuarse las transferencias a que hace referencia el Artículo 12 de la presente ley, es fijada por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

QUINTA.- La facultad de las AFP de administrar directamente los riesgos a que se refieren los Artículos 44. y 50. de la presente Ley, sólo puede ser ejercida a partir de los 60 meses de entrada en vigencia de la presente ley. La Superintendencia dará la autorización general para tal administración directa de los riesgos, la cual deberá otorgarse cuando la misma redunde en beneficio de los afiliados. (*)

(*) Disposición sustituida por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 874, publicado el 05-11-96, cuyo texto es el siguiente:

"QUINTA.- Las cotizaciones al Sistema Nacional de Pensiones que efectúen los trabajadores con posterioridad a su incorporación al Sistema Privado de Pensiones, no darán derecho a

ningún beneficio en el Sistema Nacional de Pensiones. La ONP es responsable de la correcta aplicación de lo aquí dispuesto.

El empleador que efectúe cotizaciones al Sistema Nacional de Pensiones con posterioridad a la incorporación de los respectivos trabajadores al Sistema Privado de Pensiones, será responsable por la regularización de los aportes adeudados a las AFP en las que se encuentran inscritos sus trabajadores afiliados, resultando de aplicación la obligación a que se refiere el Artículo 34 del Decreto Ley N° 25897.

Sin perjuicio de lo indicado, el empleador podrá solicitar a la ONP la devolución de los montos indebidamente pagados, la misma que podrá efectuarse en cuotas u otras modalidades. La indicada devolución no incluirá los montos que el empleador deberá regularizar al Sistema Privado de Pensiones por concepto de los intereses a que se hace referencia en el Artículo 34 del Decreto Ley N° 25897.

Las empresas de seguros que cubran el siniestro de un trabajador tendrán derecho a repetir contra el respectivo empleador, cuando dicho empleador haya regularizado de manera maliciosa, con posterioridad al siniestro, y sólo respecto de dicho trabajador, el pago de aportes retenidos en su oportunidad, de acuerdo con las normas que regulan el Sistema Privado de Pensiones."

SEXTA.- La facultad de los afiliados a las AFP de designar a la Empresa de Seguros a que hace referencia el Artículo 49 de la presente ley sólo podrá ser ejercida a partir de los 60 meses de entrada en vigencia de la presente Ley. Durante dicho período, las AFP seleccionarán a las Empresas de Seguros que administran los riesgos a sus afiliados, debiendo para ello utilizar los mecanismos de concurso establecidos por la Superintendencia.

SETIMA.- Por un período de 40 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, la calificación y clasificación a que se refiere el Artículo 25 de la presente ley es efectuada por una comisión integrada por los siguientes 9 miembros:

- a) El Superintendente, quien la preside;
- b) Un representante del Banco Central de Reserva del Perú;
- c) Un representante de la CONASEV;
- d) Un representante de la Superintendencia de Banca y Seguros;
- e) Un representante del Vice Ministro de Economía;
- f) Un representante de las Bolsas de Valores establecidas en el país;
- g) Dos representantes de las AFP;
- h) Un representante de las asociaciones privadas.

Son funciones de la Comisión:

- 1) Calificar y clasificar los valores mobiliarios e instrumentos financieros a solicitud de las AFP o de los emisores;
- 2) Actualizar periódicamente la calificación y clasificación de los valores e instrumentos a que se refiere el inciso 1) precedente.

El funcionamiento de esta Comisión se regula por Resoluciones de la Superintendencia.

La Superintendencia actúa como Secretaría Técnica y Ejecutiva de la Comisión Clasificadora mientras ejerza sus funciones.(*).

(*) De conformidad con el Artículo Unico de la Ley N° 26581, publicada el 22-03-1996, se proroga hasta el 30 de Junio de 1998 el plazo señalado en el presente artículo.

OCTAVA.- Entiéndase por Remuneración Asegurable el total de las rentas provenientes del trabajo personal del afiliado percibidas en dinero, cualquiera que sea la categoría de renta a que deban atribuirse de acuerdo a las normas tributarias sobre renta.

NOVENA.- A partir del momento de la opción del trabajador a que se refiere el inciso c) del Artículo 8 de la presente ley, el afiliado puede efectuar retiros parciales de libre disposición de su Cuenta Individual de Capitalización contra el aporte obligatorio a que se refiere el inciso e) del Artículo 30 y el aporte voluntario a que se refiere el inciso b) del Artículo 30 de la presente Ley, hasta totalizar el 20%, siempre que hayan transcurrido por lo menos 2 años desde el primer depósito, o retirar el íntegro si acredita fehacientemente ante la AFP haber cambiado de empleo o estar desempleado, quedando en esta forma regulado su derecho a la Compensación por Tiempo de Servicios.

No se considera remuneración computable para efectos de la compensación por tiempo de servicios los incrementos de remuneración que otorga el empleador a que se refieren los incisos a), c) y d) del artículo 8 de la presente ley.

DECIMA.- Durante los 30 meses siguientes al nombramiento del Superintendente, para el propósito del cálculo de los aportes a que se refiere el Artículo 30. de la presente Ley, no se considerará parte de la Remuneración Asegurable los incrementos de remuneración a que se refiere el Artículo 8 de la presente ley.

Asimismo, durante el mismo período, los incrementos de remuneración a que se refiere el Artículo 8. de la presente Ley no serán computados para el cálculo de la contribución del trabajador al FONAVI y a los programas de salud que administra el IPSS.

DECIMO PRIMERA.- El Ministro de Economía y Finanzas queda facultado para autorizar un límite superior al establecido en el literal b) del Artículo 25, exclusivamente para adquirir acciones de empresas que sean puestas a la venta por la Comisión de Promoción de la Inversión Privada, COPRI.

DECIMO SEGUNDA.- Para efectos del Seguro de Vida a que se refiere el Decreto Legislativo N° 688, en el caso de que el trabajador no se traslade al SPP, el empleador asumirá directamente el pago de la prima según lo establecido en su Artículo 10, quedando derogados los dos primeros párrafos del Artículo 11 del mismo dispositivo.(*).

(*) Disposición derogada por el Artículo 1 de la Ley N° 26182, publicada el 12-05-93.

DECIMO TERCERA.- Constituye derecho del afiliado jubilarse después de los 65 años. En tal caso se mantiene los derechos y las obligaciones del afiliado, de la AFP y de la Compañía de Seguros considerados en la presente ley.

DECIMO CUARTA.- La contratación de la Renta Vitalicia Personal o Familiar deberá ser efectuada por el trabajador siguiendo el procedimiento que para dicho propósito establezca la Superintendencia.

Dicho procedimiento debe, por lo menos contener: (i) un concurso de propuestas presentadas por lo menos por 3 AFPs o Empresas de Seguros designadas por el afiliado, según sea el caso; (ii) una evaluación técnica de las propuestas por la AFP en la que el trabajador se encuentre afiliado; y, (iii) la obligación del afiliado de elegir la propuesta que ofrezca la pensión más alta.

DECIMO QUINTA.- El Estado asegura el pago de las pensiones otorgadas conforme al Decreto Ley N° 19990 a fin de que el pensionista continúe recibiendo el íntegro de su pensión. Para dicho efecto, deben efectuarse anualmente las respectivas provisiones presupuestarias.

CONCORDANCIA: D.S. N° 118-2006-EF, Art. 11, Inc. 3 (Reglamento de la Ley N° 28532)

DECIMO SEXTA.- Derógase el Decreto Legislativo N° 724, el Decreto Ley N° 18846, así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente ley.(*).

(*) Disposición modificada por el Artículo 2 de la Ley N° 26183, publicada el 13-05-93, cuyo texto es el siguiente:

"DECIMO SEXTA.- Deróguese el Decreto Legislativo N° 724, así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley"

Ministro de Trabajo y Promoción Social.

DECIMO SEPTIMA.- El presente Decreto Ley entrará en vigencia el día de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintisiete días del mes de noviembre de mil novecientos noventidós.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
Presidente Constitucional de la República

OSCAR DE LA PUENTE RAYGADA
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores

VICTOR MALCA VILLANUEVA
Ministro de Defensa

CARLOS BOLOÑA BEHR
Ministro de Economía y Finanzas

JUAN BRIONES DAVILA
Ministro del Interior

FERNANDO VEGA SANTA GADEA
Ministro de Justicia

VICTOR PAREDES GUERRA
Ministro de Salud

ABSALON VASQUEZ VILLANUEVA
Ministro de Agricultura

JORGE CAMET DICKMANN
Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales

DANIEL HOKAMA TOKASHIKI
Ministro de Energía y Minas

AUGUSTO ANTONIOLI VASQUEZ
Ministro de Trabajo y Promoción Social

ALFREDO ROSS ANTEZANA
Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción

JAIME SOBERO TAIRA
Ministro de Pesquería

ALBERTO VARILLAS MONTENEGRO
Ministro de Educación

MAXIMO MANUEL VARA OCHOA
Ministro de la Presidencia

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Lima, 28 de noviembre de 1992

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
Presidente Constitucional de la República

OSCAR DE LA PUENTE RAYGADA
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores.

CARLOS BOLOÑA BEHR
Ministro de Economía y Finanzas.

AUGUSTO ANTONIOLI VASQUEZ

ANEXO 6

27 de diciembre de 1972

Se unifica el Régimen de pensiones del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, por servicios al Estado

DECRETO LEY N° 19846

(*) De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 28857, publicada el 27 julio 2006, las disposiciones referidas al régimen de pensiones regulado en el Decreto Ley N° 19846 y sus modificatorias, mantienen su vigencia.

CONCORDANCIA: D.S. N° 009-DE-CCFA (REGLAMENTO)
D.S.E. N° 32-92-PCM, Art. 1
D.S. N° 123-2001-EF
D.S. N° 001-DE-SG
D.S. N° 005-2003-IN, 2da. Disp.

Compl.

Ley N° 28427, Art. 10

Ley N° 28472, Art. 5

Ley N° 28558

D.S. N° 085-2005-EF (Fijan

Aguinaldo por Fiestas Patrias y dictan disposiciones reglamentarias)

D.S. N° 009-2005-IN (Aprueban

Reglamento de Pase a la Situación de Retiro de los Oficiales de la Policía Nacional del Perú por la causal

de Renovación)

D.S. N° 006-2006-IN

(Reglamento de la Ley N° 28558)

D.S. N° 103-2006-EF (Dictan

disposiciones reglamentarias para el otorgamiento del Aguinaldo por Fiestas Patrias)

D.S. N° 021-2006-DE-EP, Título

V, Cap. II, Art. 68

R.S. N° 386-2006-DE-SG

(Constituyen Comisión de Alto Nivel encargada de evaluar y proponer soluciones a la situación

administrativa y financiera de la

Caja de Pensiones Militar Policial)

Ley N° 28927, Art. 8

D.S. N° 189-2006-EF (Dictan

Disposiciones Reglamentarias para el otorgamiento del Aguinaldo por Navidad)

D.S. N° 010-2007-EF, Art. 2

D.S. N° 098-85-PCM (Hacen

extensivo el Préstamo Administrativo Excepcional a los Pensionistas de la Administración Pública comprendidos

en los regímenes de la Ley 15117

y de los Decretos Leyes 19846, 20530 y 22150)

D.S. N° 089-2007-EF (Dictan

disposiciones reglamentarias para el otorgamiento del aguinaldo por Fiestas Patrias)

Ley N° 29142, Art. 6 (Ley del

Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008)

D.S. N° 017-2008-EF, Art. 2

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario ha dado el Decreto-Ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que es necesario unificar el régimen de pensiones militares y policiales, en vista de la diversidad de disposiciones existentes sobre la materia, lo que motiva que su cumplimiento no asegure debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados, así como el cautelamiento del patrimonio fiscal;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- El presente Decreto-Ley determina y norma los derechos de pensión del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerza policiales, respectivamente, por los servicios prestados al estado, así como los que corresponden a sus deudos.

Artículo 2.- Las pensiones que se otorgan son las siguientes:

a. Para el servidor:

(1) Disponibilidad o Cesación Temporal;

(2) Retiro o Cesación Definitiva; y,

(3) Invalidez e Incapacidad

b. Para los deudos:

- Sobrevivientes.

Artículo 3.- Para que el servidor tenga derecho a pensión, deberá acreditar un mínimo de quince años de servicios reales y efectivos para el personal masculino y doce y medio años para el personal femenino, con las excepciones contempladas en el presente Decreto-Ley.

Artículo 4.- Las pensiones de retiro o cesación definitiva, disponibilidad o cesación temporal y sobrevivientes se regularán en base al ciclo laboral de treinta años para el personal masculino y de veinticinco años para el femenino. Se observará el régimen de dozavos por fracciones inferiores a un año de servicios.

Artículo 5.- Sólo se otorgará pensión y se renovará cédula por las remuneraciones o pensiones afectas al descuento para el fondo de Pensiones. Se exceptúa los casos contemplados en los incisos b.c y d. Del artículo 11 y el artículo 19 cuyas pensiones estarán a cargo del estado.

Los adeudos al indicado fondo, serán reintegrados con cargo a la pensión del titular.

Artículo 6.- El servidor o sus deudos sólo podrán percibir simultáneamente: dos sueldos o dos pensiones o un sueldo y una pensión del estado, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública.

Quien goce de pensión de sobrevivientes podrá también, percibir un sueldo o una pensión por servicios que preste o haya prestado al Estado. Podrá percibirse dos pensiones de orfandad, cuando éstas sean causadas por el padre y la madre, reputándose como una sola.

Los infractores de estas disposiciones reintegrarán al Estado lo cobrado indebidamente, siendo responsables solidariamente con los funcionarios competentes, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar.

Artículo 7.- Para los efectos del presente Decreto-Ley se entiende por acto del servicio, el que realizan los miembros de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales en cumplimiento de las funciones y deberes que le son propios o de órdenes de la superioridad.

Asimismo, se entiende como consecuencia del servicio, todo hecho derivado de él, que no pueda ser referido a otra causa.

Artículo 8.- Para los efectos del presente Decreto-Ley, las remuneraciones pensionables sujetas al correspondiente descuento para el Fondo de Pensiones serán establecidas por Decreto Supremo

refrendado por los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior.

TÍTULO II

PENSIONES

CAPÍTULO I

DISPONIBILIDAD O CESACIÓN TEMPORAL

Artículo 9.- El personal que pasa a la Situación de Retiro o Cesación Definitiva; asimismo, quedará sujeto a las disposiciones contempladas en los Títulos III y IV.

CAPÍTULO II

RETIRO Y CESACIÓN DEFINITIVA

Artículo 10.- El personal masculino, que por cualquier motivo, pase a la Situación de retiro o Cesación Definitiva, tiene derecho a los goces siguientes:

a. Si tiene quince o más años de servicios y menos de treinta, percibirá como pensión mensual tantas treinta avas partes de las remuneraciones pensionables de su grado o jerarquía, correspondientes al último haber percibido en la Situación de Actividad, como años de servicios reconocidos tenga;

b. Si tiene treinta o más años de servicios reconocidos, percibirá como pensión mensual el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a los de su grado o jerarquía en Situación de Actividad;

c. Si tiene treinticinco o más años de servicios ininterrumpidos y reconocidos en la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales y está inscrito en el respectivo cuadro de mérito para el ascenso en el momento de pasar a la Situación de retiro o Cesación Definitiva, percibirá como pensión el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a los del grado o jerarquía inmediato superior en Situación de Actividad;

d. Para los Generales de División Vice-Almirantes, Tenientes Generales e Inspectores Generales, la pensión será incrementada con el 14% de la remuneración básica siempre que el pase al Retiro sea por mandato de la ley o a su solicitud, cuando hayan cumplido dos años de angüedad en su grado o jerarquía;

e. Para el personal no incluido en el inciso anterior que alcance el máximo grado o jerarquía que le corresponda y pase a la situación de retiro o cesación definitiva por causal forzosa prevista en la ley, la pensión será incrementada con el 14% de la remuneración básica; y,

f. Si tiene cuarenta o más años de servicios reconocidos aunque hayan sido interrumpidos, percibirá la misma pensión indicada en el inciso c., del presente artículo.

No gozará del derecho expresado en los incisos c., d., e. Y f., del presente artículo, el personal que pasa a la Situación de Retiro o Cesación definitiva por Medida Disciplinaria, insuficiencia Profesional o Sentencia Judicial Ejecutoriada que conlleve la separación absoluta del servicio.

El personal femenino regulará su pensión de Retiro o Cesación Definitiva de acuerdo a las disposiciones del presente artículo, en base a su ciclo laboral de veinticinco años. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 de la Ley N° 24640, publicada el 08-01-87, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 10.- El personal masculino que por cualquier causal pasa a la situación de retiro, tiene derecho a los goces siguientes:

a) Si tiene quince o más años de servicios y menos de treinta, percibirá como pensión mensual tantas treintavas partes de las remuneraciones pensionables de su grado, correspondientes al último haber percibido en situación de actividad, como años de servicios tenga;

b) Si tiene veinte o más años de servicios y menos de treinta, percibirá como pensión mensual tantas treintavas partes de las remuneraciones pensionables correspondientes a las de su grado en situación de actividad;

c) Si tiene treinta o más años de servicios y menos de treinta y cinco, percibirá como pensión mensual el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a las de su grado en situación de actividad; si los servicios han sido ininterrumpidos la pensión será incrementada con el 7% de la remuneración básica respectiva; si además está inscrito en el cuadro de mérito para el ascenso, entonces el incremento será del catorce por ciento;

d) Si tiene treinta y cinco años de servicios y menos de cuarenta, percibirá como pensión mensual el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a las de su grado en situación de actividad; si los servicios han sido ininterrumpidos la pensión será incrementada con el 14% de la remuneración básica respectiva; si además está inscrito en el cuadro de mérito para el ascenso, entonces tendrá derecho a percibir como pensión el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a los del grado inmediato superior en situación de actividad;

e) Si tiene cuarenta o más años de servicios, percibirá como pensión mensual el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a las del grado inmediato superior en situación de actividad; si los servicios han sido ininterrumpidos esta pensión será incrementada en el 5% de la remuneración básica del indicado grado inmediato superior; si además está inscrito en el cuadro de mérito para el ascenso, entonces el incremento será del 10%.

f) Si pasa a la situación de retiro con el grado de General de División, Vicealmirante o Teniente General o con el grado máximo de acuerdo a su especialidad y a los cuadros orgánicos de la institución a la que pertenece, incrementará su pensión con el catorce por ciento de la remuneración básica respectiva correspondiente;

g) Si pasa a la situación de retiro por la causal "Renovación de cuadros", la pensión que le corresponde será incrementada con el catorce por ciento de la remuneración básica respectiva; si está inscrito en el cuadro de mérito para el ascenso, entonces tendrá derecho a percibir como pensión mensual el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a las del grado inmediato superior en situación de actividad;

h) Si es reconocido por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, como Ex Combatiente de Campañas Militares, incrementará su pensión con el 14% de la remuneración básica respectiva; este derecho anula a cualquier otro beneficio pecuniario que se conceda por el mismo motivo; e,

i) Si pasa a la situación de retiro con 30 o más años de servicio o por el límite de edad en el grado, en ambos casos con servicios ininterrumpidos, o por renovación, tendrá derecho a los beneficios y otros goces no pensionables acordados a los de igual grado en situación de actividad.

Los Oficiales Superiores y Generales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que hubieran percibido una remuneración más alta a la de su grado o jerarquía tendrán derecho a que su pensión se regule sobre la base de dicha remuneración.

Cuando el personal que pasa a la situación de retiro se encuentra comprendido en dos o más de los incisos anteriores le será de aplicación únicamente el inciso que le otorga mayores beneficios, siendo procedente adicionar los que conceden los incisos h) e i), si fuera el caso.

No gozará del incremento de la pensión ni del derecho a percibir como pensión el íntegro de las remuneraciones pensionables correspondientes a las del grado inmediato superior en situación de

actividad, así como a los otros beneficios y goces que conceden el inciso i), según sea el caso, el personal que pasa a la situación de disponibilidad o de retiro por medida disciplinaria, insuficiencia profesional o sentencia judicial firme que conlleve la separación absoluta del servicio.

El personal femenino regulará su pensión de acuerdo a las disposiciones de este artículo, en base a su ciclo laboral de veinticinco años". (*)

CONCORDANCIA: LEY N° 24569

CAPÍTULO III

ENVALIDEZ E INCAPACIDAD

Artículo 11.- El personal que en acto o consecuencia del servicio se invalide, cualquiera que fuese el tiempo de servicios prestados percibirá:

a. El íntegro de las remuneraciones pensionables correspondiente a las del grado o jerarquía del servidor, en Situación de Actividad;

b. Para el Cadete o Alumno de las Escuelas de Formación de Oficiales, el 100% de la remuneración básica correspondiente a la del Alférez o su equivalente en grado jerarquía en Situación de Actividad;

c. Para el Alumno de las Escuelas de Formación de Personal Subalterno y de Auxiliares, el 100% de la remuneración básica correspondiente a la del menor grado o jerarquía de su especialidad en Situaciones de Actividad; y,

d. Para el personal de tropa a propina, el 100% de la remuneración básica correspondiente a un Sub-Oficial de Menor categoría del Ejército, o su equivalente, en Situación de Actividad.

Artículo 12.- El personal que se invalide o se incapacite fuera del acto del servicio, tiene derecho a percibir el 50% de las pensiones indicadas en el artículo anterior, correspondiente al momento en que deviene inválido o incapaz, cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados, salvo que le corresponda mayor pensión por años de servicios.

Artículo 13.- Para percibir pensión de invalidez o de incapacidad, el personal deberá ser declarado inválido o incapaz para el servicio, previo informe médico presentado por la Sanidad de su Instituto o la Sanidad de las Fuerzas Policiales, en su caso, y el pronunciamiento del correspondiente Consejo de Investigación.

Artículo 14.- Las pensiones de invalidez y de incapacidad serán otorgadas a partir del mes siguiente al que el inválido o incapaz cesó en la Situación de Actividad.

Artículo 15.- El personal que obtenga pensión por invalidez o incapacidad a que se refieren los artículos 11 y 12 del presente Decreto-Ley, no tendrá derecho a percibir la compensación prevista en el artículo 30.

Artículo 16.- Los requisitos para determinar la condición de inválido o de incapaz para el servicio, serán precisados en el Reglamento del presente Decreto Ley.

CAPÍTULO IV

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

SECCIÓN I

GENERALIDADES

Artículo 17.- Causa derecho a pensión de sobrevivientes el servidor que fallece en:

- a. Acción de Armas;
- b. Acto o consecuencia del servicio;
- c. Situación de Actividad; y,
- d. Condición de pensionista.

Artículo 18.- La pensión de sobrevivientes que causa el personal que fallece en las condiciones previstas en los incisos a y b del artículo 17, cualquiera que fuese el tiempo de servicios que prestó, será igual al íntegro de las remuneraciones pensionables que perciban los de igual grado o jerarquía del causante en la Situación de Actividad. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 2 de la Ley N° 24640, publicada el 08-01-87, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 18.- La pensión de sobrevivientes que causa el personal que fallece en la condición señalada en el inciso a) del Artículo 17 reconocida por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, cualquiera que fuese el tiempo de servicios prestados, será igual a la remuneración del grado inmediato superior cada cinco años, a partir de producido el deceso y hasta cumplir treinta y cinco años de servicios computados desde la fecha de ingreso a filas. La pensión máxima para el nivel de Oficiales, será el equivalente al grado de Coronel. Asimismo, esta pensión será incrementada con el 14% de la respectiva remuneración básica. La pensión de sobrevivientes que cause el personal que fallece en la condición señalada en el inciso b) del Artículo 17 queda sujeta a lo prescrito en las Leyes N°s. 24373 y 24533".

Artículo 19.- La pensión de sobrevivientes que causa el personal a propina que fallece en las condiciones previstas en los incisos a y b del artículo 17 será:

a. Para el Cadete o Alumno o de las Escuelas de Formación de Oficiales, las dos terceras partes de la remuneración básica que perciba un Alférez o su equivalente, en Situación de Actividad;

b. Para el Alumno de Escuelas de Formación de Personal Auxiliar y Escuelas de Personal Subalterno, las dos terceras partes de las remuneraciones básicas que perciba el de menor grado de su especialidad, en Situación de Actividad; y

c. Para el Personal de Tropa a propina de la Fuerza Armada, las dos terceras partes de la remuneración básica que corresponde a un Sub-Oficial de menor categoría del Ejército, su equivalente, en Situación de Actividad.

Artículo 20.- La pensión de sobrevivientes que causa el personal que fallece en la condición prevista en el inciso c. Del artículo 17, será igual al 50% de las remuneraciones pensionables de su grado o jerarquía percibidas en el momento del fallecimiento, regulada en relación al tiempo de servicios, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3. El monto de la pensión mínima será establecida por Ley. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 de la Ley N° 24533, publicada el 20-06-86, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 20.- La Pensión de Sobrevivientes que causa el personal masculino y femenino que fallece en la condición prevista en el inciso c) del artículo 17, será como sigue:

a) Si el titular acredita veinte o mas años de servicios la pensión será igual al íntegro de las remuneraciones que percibía el causante al momento de su fallecimiento; y,

b) Si el titular acredita menos de veinte años de servicio la pensión no será mayor del 100% cuando el cónyuge concurre con hijos o padres del causante, ni menor del 50% cuando sólo hubiera cónyuge hijos o padres, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el Artículo 3. El monto de la pensión mínima será establecida por ley".

Artículo 21.- La pensión de sobrevivientes que causa el personal que fallece en la condición prevista en el inciso d del artículo 17, será igual al 50% de la pensión que percibía el titular en el momento del fallecimiento. El monto de la pensión mínima será establecido por Ley. (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo 1 de la Ley N° 24533, publicada el 20-06-86, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 21.- La Pensión de Sobrevivientes que causa el personal masculino y femenino que fallece en la condición prevista en el inciso d) del Artículo 17 será en la siguiente forma:

a) Cuando acredite veinte o más años de servicios será igual al 100% de la pensión que percibía el titular al momento de su fallecimiento;

b) Cuando la causal del retiro sea por límite de edad por renovación con menos de treinta años de servicios y el personal comprendido en los alcances del Artículo 4 de la presente Ley, la pensión será igual al 100% de la que percibía el titular al momento del fallecimiento; y,

c) Cuando acredite menos de veinte años de servicios, la pensión no será mayor del 100% cuando el cónyuge concorra con hijos o padres del causante, ni menor del 50% cuando sólo hubiera cónyuge, hijos o padres.

Artículo 22.- La pensión de sobrevivientes comprende las de viudez, orfandad y ascendientes.

SECCIÓN 2

Artículo 23.- La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a. Si sólo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes correspondiente:

b. Cuando el cónyuge sobreviviente concorra con hijos del causante, menores o los referidos en el artículo 25, la pensión de sobrevivientes se distribuirá en la forma siguiente: el 50% para el cónyuge sobreviviente y el otro 50% entre los hijos por partes iguales; y,

c. La pensión de viudez corresponderá al varón, por los servicios prestados por su cónyuge, siempre que esté incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenezca a régimen de seguridad social. En concurrencia con hijos de la causante, se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior.(*)

(*) Sección modificada por el Artículo 2 de la Ley N° 24533, publicada el 20-06-86, cuyo texto es el siguiente:

"SECCIÓN 2

Artículo 23.- La Pensión de Viudez se otorga de acuerdo a las siguientes normas:

a) Si el deceso del causante se produce en la condición prevista en los Artículos 18, 20 inciso a) y b) se distribuirá de la siguiente manera:

1. Si sólo hubiese cónyuge sobreviviente éste percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes correspondiente.

2. Cuando el cónyuge sobreviviente concurre con hijos del causante, menores a los referidos en el Artículo 25 la pensión de sobrevivientes se distribuirá en la forma siguiente: el 50% para el cónyuge sobreviviente y el otro 50% entre los hijos, en partes iguales, y

3. La pensión de viudez corresponderá al varón por los servicios prestados por su cónyuge siempre que esté incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de bienes o ingresos superiores al monto de la pensión y no pertenezca al Régimen de Seguridad Social. En consecuencia con hijos de la causante, se aplicará lo dispuesto en el punto anterior.

b) Si el deceso del causante se produce en la condición prevista en los Artículos 20 inciso b) y 21 inciso c) se distribuirá de la siguiente manera:

1. Si sólo hubiese cónyuge sobreviviente, éste percibirá el 50% de la pensión que le hubiese correspondido o que percibió pensionista al momento de su fallecimiento. Y

2. Si el cónyuge sobreviviente concurre con hijos menores a los referidos en el Artículo 25 la pensión de viudez será igual al 50% del monto que le hubiese correspondido ó percibió su causante y 20% adicional por cada hijo, sin exceder el 100% de la que le hubiese correspondido al titular.

SECCIÓN 3

PENSIÓN DE ORFANDAD

Artículo 24.- La pensión de orfandad es la que corresponde a los hijos del causante, menores de edad u se otorgará observándose las normas siguientes:

a. Si hubiese un solo hijo y no existiese cónyuge del causante, percibirá el íntegro de la pensión de sobrevivientes correspondiente; y,

b. Si concudiesen dos o mas hijos y no existiese cónyuge del causante, el monto de la pensión de sobrevivientes correspondiente se distribuirá por partes iguales entre ellos.

Artículo 25.- También se otorgará pensión de orfandad de acuerdo al artículo anterior:

a. A los hijos mayores de edad declarados incapaces física o mentalmente por fallo judicial. En el caso de ser beneficiarios de régimen de seguridad social, se podrá optar por la pensión o el régimen aludido; y,

b. A las hijas solteras, mayores de edad, si no tienen actividad lucrativa, carezcan de renta o no están amparadas por algún sistema de Seguridad Social. La pensión de viudez excluye este derecho.

SECCIÓN 4

PENSION DE ASCENDIENTES

Artículo 26.- En el caso de no existir cónyuge, ni hijos del causante, la pensión de sobrevivientes corresponderá al padre, a la madre o a ambos, siempre que acrediten haber dependido económicamente del causante hasta su fallecimiento, no poseer rentas y/o ingresos superiores al monto de la pensión, ni ser beneficiarios de régimen de seguridad social.(*)

(*) Sección modificada por el Artículo 2 de la Ley N° 24533, publicada el 20-06-86, cuyo texto es el siguiente:

"PENSIÓN DE ASCENDIENTES

Artículo 26.- La pensión de ascendientes se otorga siempre que acrediten haber dependido económicamente del causante hasta su fallecimiento, no poseer rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, ni ser beneficiario del régimen de Seguridad Social, en los siguientes casos:

a) De existir cónyuge e hijos y padres del causante, a éstos últimos se le otorgará pensión, siempre que quede saldo disponible de la pensión del causante deducidas las pensiones de viudez u orfandad;

b) De no existir cónyuge ni hijos del causante, la pensión de ascendiente corresponderá al padre, la madre o a ambos en partes iguales".

SECCIÓN 5

DISPOSICIONES COMUNES A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES

Artículo 27.- La extinción o pérdida del derecho de alguno o algunos de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes acrecerá la de sus copartícipes en proporción a sus derechos, observándose las normas establecidas en el presente Decreto-Ley.

Artículo 28.- Las pensiones renovables generan pensión de sobrevivientes renovables sujeta a los descuentos correspondientes para el Fondo de Pensiones.

Artículo 29.- Al personal que en la ejecución de faenas propias de su especialidad, calificadas como sujetas al Riesgo de la Vida Especial y Debidamente autorizadas, sufriera lesión inhabilitante que le impidiera continuar en Actividad, perdiera la vida o desapareciera, se le regulará su pensión de conformidad con lo prescrito en el presente Decreto-Ley, integrándola con la correspondiente Remuneración Especial por Riesgo de Vida que percibirá por su especialidad estando en Situación de Actividad.

TÍTULO III

COMPENSACIONES

Artículo 30.- El personal que pasa a la Situación de Retiro o Cesación Definitiva sin haber alcanzado el tiempo mínimo de servicios señalados en el artículo 3 percibirá, por una sola vez, en concepto de compensación, un monto igual al total de las últimas remuneraciones pensionables percibidas en su grado de jerarquía, por cada año de servicios y la parte alicuota por fracción de año, excepto los casos de percibo de pensiones de invalidez o incapacidad a que se refiere los artículo 11 y 12 del presente Decreto-Ley.

El personal en Situación de Disponibilidad o Cesación Temporal, sólo podrá hacer efectiva la compensación al pasar al Retiro o Cesación Definitiva.

TÍTULO IV

PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO I

RECONOCIMIENTO DE SERVICIOS

Artículo 31.- El tiempo de servicios efectivos, remunerados y acreditados fehacientemente, será objeto de reconocimiento.

El reconocimiento de tiempo de servicios se tramitará de oficio.

Artículo 32.- Para reconocer servicios que generen pensión, se requiere haber laborado a tiempo completo de acuerdo al horario de trabajo, según las respectivas reglamentaciones.

Artículo 33.- Después de quince años de servicios efectivos, contados a partir de la fecha de expedición de Despacho, Título o Nombramiento, se computará el tiempo de formación como Cadete o Alumno de escuela de la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales y el prestado como Personal de Tropa.

Al personal de Servicio que ostenta Título del segundo Ciclo del nivel superior o su equivalente, optado en el país o en el extranjero, se le computará hasta cuatro años de formación profesional después de quince años de servicios efectivo, siempre que no sean simultáneos con otros servicios al Estado.

Los servicios prestado en el sector Público Nacional con anterioridad a los de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, sólo generarán pensión a cargo del organismo o repartición correspondiente.(*).

(*) Artículo sustituido por el Artículo 3 de la Ley N° 24640, publicada el 08-01-87, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 33.- Después de 20 años de servicios, contados a partir de la fecha de expedición del Despacho, Título o Nombramiento, se computará el tiempo de formación como cadete o alumno de las Escuelas de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales y los servicios prestados como personal de tropa.

Al personal de servicios que ostente el título profesional de nivel universitario o equivalente, optado en el país o en el extranjero se le computará hasta 04 años de formación profesional después de 20 años de servicios.

Los servicios prestados en el sector público nacional con anterioridad a los de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, sólo generarán pensión a cargo del organismo o repartición correspondiente".

Artículo 34.- Para el reconocimiento de servicios del personal de la Fuerza Aérea del Perú se aplicará lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 12326, Ley 17047 y Decreto-Ley 17122.

Artículo 35.- No procede al reconocimiento de tiempo de servicios de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales en los casos siguientes:

- Por servicios fuera de la Situación de Actividad;
- Por funciones desempeñadas con carácter ad-honorem;
- Por licencia concedida sin goce de haber;
- Por locación de servicios profesionales o técnicos abonados mediante honorarios;
- Por servicios prestado en la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales y en la docencia simultáneamente, caso en el que sólo se computará el tiempo de servicios en su respectivo Instituto; y,
- Por toda otra actividad y tiempo que no esté expresamente amparado en norma legal.

CAPÍTULO II

OTORGAMIENTO DE PENSIONES Y COMPENSACIONES

Artículo 36.- Las pensiones y compensaciones se otorgarán de oficio, en base al reconocimiento de servicios, mediante cédulas de pensión o resolución de compensación, según el caso.

Artículo 37.- Las pensiones de retiro o cesación definitiva, disponibilidad o cesación temporal, invalidez, incapacidad y el beneficio de la compensación, se harán efectivas a la expedición de la cédula o Resolución, según el caso, y el pago deberá realizarse desde el mes siguiente al que el servidor estuvo en Situación de Actividad.

Artículo 38.- La pensión de sobrevivientes se hará efectiva a la expedición de la cédula y el derecho se genera desde la fecha de fallecimiento del causante.

CAPÍTULO III

VARIACION Y GRAVAMEN DE PENSIONES

Artículo 39.- La variación de la pensión e los casos autorizados por Ley, se efectuará mediante renovación de cédula cuya expedición se tramitará de oficio, debiendo pagarse la nueva pensión a partir del mes siguiente al que se disponga la variación de las remuneraciones.

Artículo 40.- La pensión podrá ser gravada en el modo y forma siguiente:

- Por mandato de la Ley;

(1) Hasta el 10% para reintegrar adeudos al fondo de Pensiones o del impuesto a los nombramientos; y,

(2) Hasta el 30% por responsabilidad pecunaria a favor del Estado.

b. Por mandato judicial:

(1) Por concepto de alimentos hasta un tercio, teniendo derecho preferencial; y,

(2) Por responsabilidad pecunaria a favor del Estado, hasta el 50%.

c. Por acto administrativo:

(1) Hasta el 30% para amortizar préstamos autorizados oficialmente con garantía de la pensión; y,

(2) Hasta el 20% para pagar adeudos al Estado.

En ningún caso la pensión podrá ser agravada acumulativamente en más del 75% de su importe total y en caso de la pensión de sobrevivientes, sólo podrá ser gravada acumulativamente hasta el 50%.

Artículo 41.- El pensionista tiene derecho a renovar su cédula de acuerdo con las modificaciones de la escala de remuneraciones y propinas del personal en Situación de Actividad, siempre que cumpla con abonar las mismas aportaciones fijadas para este personal en cuanto a su estructura y monto en los casos siguientes:

a. El que haya pasado a la Situación de Retiro o Cesación Definitiva con 30 o más, 25 o más años de servicios reconocidos, en su caso, siempre que no sea por sentencia judicial ejecutoriada o medida disciplinaria;(*)

(*) Inciso sustituido por el Artículo 3 de la Ley N° 24533, publicada el 20-06-86, cuyo texto es el siguiente:

"a) Cuando acredite veinte o más años de servicios reconocidos."

b. El personal en situación de retiro que cumpla 80 años de edad, cualquiera que sea su tiempo de servicios, aunque haya sido interrumpido;

c. El que haya pasado a la Situación de Retiro o Cesación Definitiva por invalidez o incapacidad en los casos de los incisos a y b del artículo 17, cualquiera que sea su tiempo de servicios;

d. El que perciba pensión de sobrevivientes derivada de pensión de retiro o Cesación Definitiva renovable; y,

e. El que tiene derecho según leyes especiales.

CAPÍTULO IV

SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE PENSIONES

Artículo 42.- Se suspende la Pensión, sin derecho a reintegro por:

a. No acreditar supervivencia cada seis meses ante la autoridad competente o ante el Agente Diplomático o Consular del Perú en el país de residencia;

b. Salir del territorio nacional o permanecer fuera de él, sin la autorización correspondiente;

c. Reingresar a la Situación de Actividad en la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales; y,

d. No acreditar cada año, el cónyuge su estado de viudez y los hijos y ascendiente el derecho a continuar percibiendo la pensión.

Artículo 43.- El pensionista que se incorpore al servicio civil del Estado, tiene el derecho a elección entre la pensión de que goza y la remuneración de su nuevo empleo. Al cesar en esta última actividad, tiene derecho a pensión integrada por el monto de la pensión militar o policial y por el que podría generar la Caja de Pensiones del Seguro Social correspondiente, de acuerdo a las disposiciones de éste, para cuyo efecto les serán hechas las deducciones pertenecientes en la remuneración o en la pensión, según el caso.

La liquidación de ambos aportes a la Pensión Unica, será hecha separadamente.

Artículo 44.- El personal que retorne a la Situación de Actividad en la Fuerza Armada y Fuerza Policiales, queda sujeto a las disposiciones del presente Decreto-Ley.

Artículo 45.- Se pierde el derecho a pensión según el caso:

a. Por sentencia judicial ejecutoriada que así lo establezca. Si hubiere cónyuge, hijos o ascendientes del sentenciado que no hayan tenido participación directa ni indirecta en el delito, se beneficiarán con la pensión que le correspondería o que perciba el sentenciado, aplicándose en cuanto a su distribución, las normas pertinentes a la pensión de sobrevivientes;

b. Por prescripción, a los tres años de haberse generado el derecho sin haberse ejercido la acción para el cobro salvo lo dispuesto en los incisos 1 y 5 del artículo 1157 del Código Civil, en el inciso c) del artículo 42 del presente Decreto-Ley y en el caso de copartícipes de pensión de sobrevivientes;

c. Por matrimonio del causante en artículo de muerte, salvo que el cónyuge tenga hijos de aquél;

d. Por divorcio absoluto, el cónyuge del causante, salvo los casos a que se refieren los artículos 260 y 261 del Código Civil;

e. Por ulterior matrimonio del cónyuge viudo, por matrimonio de las hijas y del ascendiente, titulares de la pensión de sobrevivientes o por formar todos estos hogar fuera de matrimonio;

f. Por adquirir los hijos mayoría de edad, salvo que se encuentren incapacitados física o mentalmente;

g. Por pérdida de la nacionalidad peruana; y,

h. Por perder, las hijas solteras mayores de edad, uno de los requisitos establecidos en el artículo 25 del presente Decreto-Ley.

Artículo 46.- Los devengados que no sean cobrados durante el término de tres años prescriben.

TÍTULO V

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Las pensiones no renovables generadas entre el 1 de enero de 1970 y el 31 de diciembre de 1972, y las que se encuentren en trámite correspondiente al mismo período, serán reajustadas de acuerdo a los derechos del interesado o causante, a la fecha de su pase al retiro, cesación o fallecimiento.

Segundo.- Las pensiones renovables otorgadas y las que se encuentren en trámite hasta el 31 de diciembre de 1972 se sujetarán a las disposiciones del presente Decreto-Ley.

Tercera.- Las Cédulas que se renueven u otorguen como consecuencia de lo dispuesto en la Primera y Segunda Disposiciones Transitorias del presente Decreto-Ley, se expedirán con fecha 1 de abril de 1973, sin derecho a devengados ni obligaciones.

Cuarta.- Las pensiones de montepío vigentes a la promulgación del presente Decreto-Ley, concedidas a las hermanas o hijas adoptivas del causante, caducarán con sus actuales beneficiarios.

Quinta.- Las pensiones de montepío, excepto las indicadas en la Cuarta Disposición Transitoria, vigentes a la promulgación del presente Decreto-Ley, quedan sujetas a las disposiciones en que se sustentan. Podrán renovarse por mandato expreso de la Ley del Presupuesto del Sector Público Nacional, de acuerdo con las disponibilidades fiscales del Estado.

Sexta.- El Comando Conjunto de la Fuerza Armada, en coordinación con los Ministerios de Guerra, de marina, de Aeronáutica y del Interior queda encargado de formular el proyecto de Decreto Ley de creación de la Caja de Pensiones Militar-Policial, dentro del término de ciento ochenta días a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto-ley, debiendo iniciar su funcionamiento a partir del 1 de enero de 1974.

Sétima.- El Estado continuará pagando las pensiones de conformidad con las disposiciones del presente Decreto-Ley, hasta que inicie su funcionamiento la Caja de Pensiones Militar-Policial. En dicha oportunidad, las pensiones del Personal militar y policial que se incorpore a la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales estarán a cargo de la indicada Caja. Las pensiones en vigencia y las que correspondan al personal en Situación de Actividad con anterioridad a la fecha de funcionamiento de la Caja continuarán a cargo del estado, sin lugar a devengados ni obligaciones.

Octava.- El personal militar y policial en Situación de Actividad que haya prestado servicios en el Sector Público Nacional con anterioridad a los prestados en la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, regulará su pensión en base a la última remuneración pensionable, referida al total del tiempo de servicios.

Cada entidad pagará con su fondos propios la parte proporcional de la pensión de acuerdo con los años de servicios prestados y las remuneraciones pensionables abonadas. El Instituto al que pertenezca asumirá el pago de la diferencia que pueda resultar en conjunto total de la pensión.

Novena.- El Comando Conjunto de la Fuerza Armada, en coordinación con los Ministerios de Guerra, de Marina de Aeronáutica y del Interior queda encargado de formular el proyecto de reglamento del presente Decreto-Ley, dentro del término de noventa días computado a partir de la fecha de su promulgación.

TÍTULO VI

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- El presente Decreto-Ley entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 1973.

Segunda.- Derógase o déjese en suspenso, en su caso, todas las disposiciones legales que se opongan al presente Decreto-Ley.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de diciembre de mil novecientos setentidós.

Gral. De Div. EP JUAN VELASCO ALVARADO
Presidente de la República

Gral. De Div. EP ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Guerra

Tnte. Gral. FAP. ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ
Ministro de Aeronáutica

Vicealmirante AP., LUIS VARGAS CABALLERO
Ministro de Marina

Tnte. Gral. FAP. PEDRO SALA OROSCO
Ministro de trabajo

Gral. De Div. EP., ALFREDO CARPIO BECERRA
Ministro de educación

Gral. De Div. EP., ENRIQUE VALDEZ ANGULO
Ministro de Agricultura

Gral. De Div. EP., FRANCISCO MORALES BERMUDEZ
CERRUTTI
Ministro de Economía y Finanzas

Gral. De Brig. EP., ANIBAL MEZA CUADRA
CARDENAS
Ministro de Transportes y Comunicaciones

Gral. Brig. EP., JORGE FERNANDEZ MALDONADO,
SOLARI
Ministro de Energía y Minas

Gral. De Brigada EP., JAVIER TANTALEAN YANINI
Ministro de Pesquería

Mayor Gral. FAP., FERNANDO MIRO QUESADA
BAHAMONDE
Ministro de Salud

Contralmirante AP., ALBERTO JIMENEZ DE LUCIO
Ministro de Industria y Comercio

Contralmirante AP., RAMON ARROSPIDE MEJIA
Ministro de Vivienda

Gral. De Brigada EP. MIGUEL A. DE LA FLOR VALLE
Ministro de relaciones exteriores

Gral. De Brigada EP., PEDRO RICHTER PRADA
Ministro del Interior

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Lima, 26 de diciembre de 1972

Gral. De Div. EP., JUAN VELASCO ALVARADO
Gral. De Div. EP., ERNESTO MONTAGNE SANCHEZ
Tnte. Gral. FAP., ROLANDO GILARDI RODRIGUEZ
Vicealmirante AP., LUIS E. VARGAS CABALLERO
Gral. de Brig. EP. PEDRO RICHTER PRADA

ANEXO 7

17 de noviembre de 2004

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú

LEY N° 28389

(*) De conformidad con el Resolutivo N° 1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005, se declara INFUNDADAS las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la presente Ley.

CONCORDANCIAS: R.M. N° 405-2006-EF-15 , Anexo(Aprueban lineamientos para el reconocimiento, declaración, calificación y pago de os derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley de Reforma Constitucional:

LEY DE REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 11,103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 1.- Modificación del artículo 11 de la Constitución Política del Perú

Agrégase al artículo 11 de la Constitución Política del Perú como segundo párrafo el texto siguiente:

“La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

Artículo 2.- Modificación del artículo 103 de la Constitución Política del Perú

Sustitúyese el texto del artículo 103 de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

Artículo 3.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú

Sustitúyese el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a

partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito.”

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los doce días del mes de noviembre de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil cuatro.

DAVID WAISMAN RJAVINSTHI
Segundo Vicepresidente de la República
Encargado del Despacho de la
Presidencia de la República

CARLOS FERRERO
Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO 8

Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 - LEY N° 28449

(*) De conformidad con el Resolutivo N° 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005, se declarada FUNDADAS EN PARTE las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 110-2006-EF, Art. 1 (Reajuste de Pensiones percibidas por pensionistas del Régimen del D. Leg. N° 20530 que hayan cumplido 65 años o más de edad al 31 de diciembre de 2005 y cuya pensión no exceda de 2 UIT)

R.M. N° 405-2006-EF-15 , Anexo(Aprueban lineamientos para el reconocimiento, declaración, calificación y pago de los derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530

D.S. N° 023-2007-EF (Aprueban Reglamento de la Ley N° 28789 que precisa la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, Ley que establece nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530)

D.S. N° 149-2007-EF (Lineamientos para la devolución de descuentos realizados en exceso y de los aportes efectuados incorrectamente al

Fondo para la Asistencia Previsional, y medidas complementarias para la administración del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530)

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE LAS NUEVAS REGLAS DEL RÉGIMEN DE PENSIONES DEL DECRETO LEY N° 20530

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la Reforma Constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Declárase que la presente Ley no afecta en modo alguno los derechos y beneficios del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 017-2005-EF

Artículo 2.- Ámbito y alcances de su aplicación

El régimen del Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Sólo se consideran incorporados al régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas

vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.

2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.

3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.

4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N° 20530.

Artículo 3.- Monto máximo de las pensiones

El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

Artículo 4.- Reajuste de pensiones

Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.

El reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 016-2005-EF
R. N° 035-2005-CG, Art. 3
Ley N° 28701, Art. 3, num 3.1, inc.a)
y num.3.2

D.S. N° 110-2006-EF
D.S. N° 039-2007-EF, Art. 1

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

Artículo 5.- Cálculo de las nuevas pensiones

Las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de la presente Ley se calcularán según las siguientes reglas:

1. Para los varones, las pensiones serán iguales a una treintava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

2. Para las mujeres, las pensiones serán iguales a una veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

3. Si las remuneraciones pensionables hubieran sido aumentadas al trabajador en cincuenta por ciento (50%) o más dentro de los últimos sesenta (60) meses, o entre treinta (30%) y cincuenta por ciento (50%) dentro de los últimos treinta y seis (36) meses, la pensión será regulada en base al promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en el período correspondiente a los últimos sesenta (60) o treinta y seis (36) meses, en su caso. Si el trabajador resultare comprendido en las dos situaciones anteriormente indicadas, se tomará en cuenta el promedio mayor.

En los casos en que los incrementos de las remuneraciones pensionables se originen como consecuencia de homologación o de aumentos de remuneraciones con carácter general dispuestos por ley, no será de aplicación el numeral 3.

Artículo 6.- Remuneración pensionable

Es pensionable toda remuneración permanente en el tiempo y regular en su monto que se encuentre sujeta a descuentos para pensiones. No se incorporará a la pensión aquellos conceptos establecidos por norma expresa con el carácter de no pensionable.

Artículo 7.- Modificaciones a normas sobre las pensiones de sobrevivientes

Sustitúyense los textos de los artículos 25, 32, 34, 35, 36 y 55 del Decreto Ley N° 20530 por los siguientes textos:

“Artículo 25.- La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje.

Artículo 32.- La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años.

b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años cuando adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella. En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. La declaración de incapacidad absoluta requiere de un dictamen previo y favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho a la pensión se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla dieciocho (18) años de edad y antes de que el adoptante cumpla sesenta y cinco (65) años de edad y siempre que el fallecimiento ocurra después de treinta y seis (36) meses de

producida la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ocurre por accidente.

Artículo 35.- El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530.

En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada.

Artículo 36.- La pensión de ascendientes corresponde al padre, a la madre, o a ambos, solamente en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad. El monto de la pensión será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

A efectos de tener derecho a esta pensión, se deberá acreditar haber dependido económicamente del trabajador o pensionista a su fallecimiento, y carecer de rentas e ingresos superiores al monto de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad;

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley;

c) En el caso de hijas solteras mayores de edad que vienen percibiendo pensiones de orfandad conforme a la legislación anteriormente vigente, cuando realicen actividad lucrativa, perciban rentas o se encuentren amparadas por algún sistema de seguridad social;

d) Percibir rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, en el caso de ascendientes;

e) Haber recuperado el pensionista las facultades físicas o mentales, cuya pérdida determinó el estado de invalidez para el otorgamiento de una pensión, previo dictamen favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud;

f) Fallecimiento;

g) Haber desaparecido uno de los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la pensión.”

Artículo 8.- Aguinaldos y gratificaciones

Los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 tienen derecho a percibir aguinaldos o gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a lo que señale la ley para tal efecto.

Artículo 9.- Plazos de prescripción

Los plazos de prescripción para la declaración de nulidad de oficio y para la declaración de nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo son contados desde la fecha en que el acto administrativo quedó consentido.

Artículo 10.- Entidad administradora de las pensiones

El Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Toda alusión normativa a entidades responsables de las funciones relacionadas al régimen regulado por la presente Ley debe entenderse como referida al Ministerio de Economía y Finanzas, excepto en lo relativo al pago de las pensiones, mientras esta función no

le sea encargada por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Como entidad administradora, el Ministerio de Economía y Finanzas debe establecer un programa de fiscalización permanente con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas vigentes en relación al régimen a que se refiere la presente Ley.

El Ministerio de Economía y Finanzas puede delegar, a otras entidades públicas, mediante decreto supremo, en forma total o parcial, sus facultades y funciones, en otras entidades.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 132-2005-EF, Art. 5
R.J. N° 162-2007-JEFATURA-
ONP (Aprueban "Procedimiento de Absolución de Consultas sobre la correcta aplicación del Decreto Ley N° 20530, sus normas complementarias y conexas")

D.S. N° 149-2007-EF
(Lineamientos para la devolución de descuentos realizados en exceso y de los aportes efectuados incorrectamente al Fondo para la Asistencia Previsional, y medidas complementarias para la administración del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530)

Artículo 11.- Carácter obligatorio de directivas y requerimientos

Los funcionarios y empleados de todas las entidades del Sector Público que tengan en sus planillas personas comprendidas en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Adecuación de los trabajadores comprendidos en el Decreto Ley N° 20530 que no cumplen con los requisitos señalados en la presente Ley

Establécese el plazo de noventa (90) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que el trabajador perteneciente al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, no hubiera cumplido con los requisitos para obtener una pensión conforme a lo establecido en el Decreto Ley N° 20530 y sus modificatorias, debe manifestar por escrito a su empleador su opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, y deberá cumplir con el procedimiento establecido para la afiliación a uno de estos dos regímenes de pensiones.

Los trabajadores que opten por el Sistema Privado de Pensiones recibirán un bono de reconocimiento por sus años de servicios, según las condiciones y procedimientos que disponga el reglamento.

SEGUNDA.- Régimen de jueces y fiscales

Los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, cuenten con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera, que aún no hayan tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530, deben solicitarlo por descrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de la presente Ley.

Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que ha optado por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran.

TERCERA.- Adecuación de las pensiones al tope

El tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley se aplicará a partir de la vigencia de la presente disposición, de manera progresiva.

Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente. (*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 017-2005-EF, publicado el 28 Enero 2005, se precisa que la adecuación de las pensiones al tope será calculada por las entidades de acuerdo con el siguiente procedimiento:

"a. Identificación del pensionista afecto al tope:

Para identificar al pensionista afecto al tope se determinará de la siguiente manera si la pensión excede la suma de 2 UIT:

1. Se multiplica la pensión mensual habitual o permanente por el número de meses que falte para terminar el año, incluyendo el mes por el cual se efectúa la retención.

2. Al resultado obtenido se le sumará, en su caso, las pensiones adicionales, gratificaciones o aguinaldos, bonificación por escolaridad y cualquier otro concepto que sea puesto a disposición del pensionista en los meses siguientes del mismo año.

3. Al resultado que se obtenga por aplicación de los numerales 1. y 2., se les sumará en su caso, las pensiones, pensiones adicionales, gratificaciones o aguinaldos, bonificación por escolaridad y cualquier otro concepto que hayan sido puestos a disposición del pensionista en los meses anteriores del mismo año.

Si la suma que se obtenga de la aplicación de los literales anteriores excede el valor anualizado de dos (2) UIT vigentes a la fecha, se procederá a adecuar la pensión al tope.

b. Determinación del monto a reducir por cada mes:

1. A la suma a la que hace referencia el último párrafo del literal anterior se le aplicará la reducción anual de 18%, distribuyéndose uniformemente el monto resultante entre el número de pensiones que reciba anualmente el pensionista.

2. La suma de las nuevas pensiones anuales seguirá reduciéndose anualmente, al inicio de cada año, utilizando el procedimiento antes descrito, hasta que la misma alcance el tope vigente correspondiente.

3. En caso que el resultado anual obtenido luego de aplicar la reducción anual de 18% fuera menor al valor anualizado de 2 UIT, la reducción se aplicará directamente sobre el exceso determinado en el último párrafo del literal anterior. Este exceso será distribuido uniformemente entre el número de pensiones que reciba anualmente el pensionista."

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 28789, publicada el 19 julio 2006, se precisa que la adecuación de las pensiones mensuales al tope a que se refiere la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, se efectuará con base al monto resultante de aplicar el dieciocho por ciento (18%) sobre la diferencia entre la pensión recibida por el pensionista y el valor de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigente al 1 de enero de 2005.

En lo sucesivo, las pensiones mensuales se adecuarán anualmente utilizando el monto resultante antes indicado como valor constante, hasta el año en que alcancen el tope vigente correspondiente.

El valor anualizado de las pensiones para efecto de determinar el monto máximo mensual y del reajuste de pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivencia del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 es de 14 veces (28 UIT) vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

CONCORDANCIA: D.S. N° 023-2007-EF (Aprueban Reglamento de la Ley N° 28789 que precisa la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, Ley que

establece nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530)

D.S. N° 149-2007-EF, Art. 1
(Lineamientos para la devolución de descuentos realizados en
exceso y de los aportes efectuados incorrectamente
al Fondo para la Asistencia
Previsional, y medidas complementarias para la administración del
régimen de pensiones del Decreto Ley N°
20530)

CUARTA.- Destino del ahorro
En cumplimiento de lo dispuesto en la Primera
Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los recursos que
se ahorren como consecuencia de la aplicación del tope a que se
refiere el artículo 3 de la presente Ley serán transferidos, bajo
responsabilidad de los funcionarios respectivos, al Fondo para la
Asistencia Previsional, con el objeto de financiar los incrementos
que a continuación se detallan:

1. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la
fecha de promulgación de la presente Ley sean menores a S/.
415,00 mensuales se incrementarán hasta dicho monto. El
incremento mínimo será de S/. 100,00, pudiendo, en el caso que
corresponda, exceder la indicada suma de S/. 415,00.

2. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la
fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/.
415,00, pero no superiores a S/. 750,00 mensuales, se
incrementarán en S/. 100,00.

3. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la
fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/.
750,00, pero no superiores a S/. 800,00 mensuales, se
incrementarán en S/. 50,00.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 017-2005-EF

QUINTA.- Fiscalización de pensiones
Facúltase a la entidad administradora de este régimen de
pensiones a iniciar un programa de fiscalización de pensiones, a
través del cual se revisarán todos los actos administrativos de
incorporación, reincorporación, reconocimiento, calificación de
derechos y otorgamiento de beneficios y nivelaciones bajo el
Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias, a fin de
detectar los actos que hayan sido efectuados con infracción de las
normas, identificar aquellos actos administrativos nulos y cualquier
otra irregularidad o ilegalidad, con el objeto de promover las
acciones administrativas y judiciales correspondientes y determinar
las responsabilidades a que hubiere lugar.

Esta fiscalización no alcanza a los casos definidos por
sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado
expresamente sobre el fondo del asunto, o que las respectivas
acciones hubieran prescrito, atendiendo al plazo prescriptorio que
corresponda en cada caso.

SEXTA.- Defensa de procesos administrativos y
judiciales

Las entidades del Sector Público que estuvieran en
calidad de demandantes o demandadas en procesos administrativos
y judiciales relacionados con el Decreto Ley N° 20530, continuarán
bajo su defensa y cargo hasta que se emitan las disposiciones
correspondientes y se realice la transferencia de estos procesos.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Texto Único Ordenado
Facúltase al Poder Ejecutivo para que, mediante decreto
supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas,
apruebe el Texto Único Ordenado del Régimen Cerrado de
Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

SEGUNDA.- Precisión a la Ley del Profesorado
Precísase que el ingreso al servicio magisterial válido
para estar comprendido en el régimen pensionario regulado por el
Decreto Ley N° 20530, es en condición de nombrado o contratado
hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que haya estado

laborando conforme a la Ley del Profesorado al 20 de mayo de 1990.

Para tal efecto, es requisito que el profesor cuente con la
respectiva resolución de incorporación a dicho régimen y/o aportes al
mismo.

TERCERA.- Derogatorias

Deróganse los artículos 27, 29, 30, 31, 44, 49, 50, 51 y 52
del Decreto Ley N° 20530; Ley N° 23495; Ley N° 25008; artículo 58,
modificado por la Ley N° 25212, y artículo 59 de la Ley N° 24029;
literal b del artículo 60 de la Ley N° 24029, con excepción del derecho
de percibir las gratificaciones por Navidad y Fiestas Patrias; Ley N°
27719; el artículo 2 de la Ley N° 28047 y todas las demás disposiciones
que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

CUARTA.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia desde el día siguiente de
su publicación en el Diario Oficial El Peruano, excepto las
disposiciones contenidas en la Tercera y Cuarta Disposiciones
Transitorias, las mismas que entrarán en vigencia a partir del 1 de enero
de 2005.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su
promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de diciembre de dos mil
cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.
Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintitrés días
del mes de diciembre del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

ANEXO 9

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaran infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 y fundadas en parte demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449 que modificaron régimen pensionario regulado por el D. L. N° 20530

EXPEDIENTE N° 050-2004-AI-TC

EXPEDIENTES N°s.

050-2004-AI/TC

051-2004-AI/TC

004-2005-PI/TC

007-2005-PI/TC

009-2005-PI/TC

(*) De conformidad con la Resolución del Tribunal Constitucional, publicada el 14 de Julio 2005, se declara FUNDADA EN PARTE la solicitud de aclaración presentada por el Colegio de Abogados del Cusco. En consecuencia, incorpórese a los fundamentos de la sentencia de autos, el considerando 7 de la citada resolución.

Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República

I. ASUNTO

II. DATOS GENERALES

III. NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LAS PARTES

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO

VI. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN

A. EL ÁMBITO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR UNA LEY QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN

§2. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

§3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA Y DE FONDO

§1. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

§2. LOS LÍMITES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

§3. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

C. EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

§3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN

D. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL

§2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

§3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

§4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN.

E. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

§2. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA EQUIDAD PENSIONARIA

A. CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

§1. EL CANON CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

§3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

20530 §1. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS A TRABAJADORES DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N°

§2. EL MONTO MÁXIMO DE LAS PENSIONES

§3. EL MONTO MÍNIMO DE LAS PENSIONES

§4. LA EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN EN EL REAJUSTE PENSIONARIO

§5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

§6. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

C. CRITERIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS

§1. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PENSIONARIA DE DEFENDER Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN

§2. EL DESTINO DEL AHORRO

§3. LA UNIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES PENSIONARIOS

VIII. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de junio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Cusco; por el Colegio de Abogados del Callao; por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro; y, por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por el doctor Carlos Blancas Bustamante, contra las Leyes N° 28389 y N° 28449.

II. DATOS GENERALES

* Violación constitucional invocada

Las demandas de inconstitucionalidad promovidas por cuatro demandantes, se encuentran dirigidas contra el Congreso de la República.

Los actos lesivos denunciados los habrían producido la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, y la Ley N° 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004, las cuales modifican el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530.

* Petitorio constitucional

Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que las leyes sujetas a control de constitucionalidad vulneran los derechos sociales y económicos de las personas; de manera específica, los derechos a la seguridad social (artículo 10 de la Constitución), a la pensión (artículo 11 de la Constitución) y a la propiedad (artículos 2 inciso 16 y 70 de la Constitución). Asimismo, aducen que se vulneran los principios de dignidad (artículo 1 de la Constitución) igualdad (artículo 2 inciso 2 de la Constitución), de irrenunciabilidad de los derechos sociales, de progresividad (artículo 10 de la Constitución), de irretroactividad (artículo 103 de la Constitución), de seguridad jurídica y de intangibilidad de fondos de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución)

Alegando tales actos vulneratorios, solicitan, alternativamente, que:

- Se declare inconstitucional, por la forma, la Ley N° 28389.

- Se declaren inconstitucionales, por el fondo, los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, que sustituyen los textos de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

- Se declare inconstitucional el artículo 3 de la Ley N° 28389 y que el Tribunal Constitucional expida una sentencia aditiva a fin de encausar su contenido normativo a las formas constitucionales.

- Se declare inconstitucional, por conexión o consecuencia, la Ley N° 28449, así como las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten y que tengan como base el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.

- Se declaren inconstitucionales las demás normas legales que se hayan dictado, o se dicten, después de la interposición de las presentes demandas.

III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

LEY N° 28389

Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú

Artículo 1.- Modificación del artículo 11 de la Constitución Política del Perú
Agrégase al artículo 11 de la Constitución Política del Perú como segundo párrafo el texto siguiente:

“La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

Artículo 2.- Modificación del artículo 103 de la Constitución Política del Perú
Sustitúyese el texto del artículo 103 de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley.

También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

Artículo 3.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú
Sustitúyese el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

“Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

LEY N° 28449

Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la Reforma Constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Declárase que la presente Ley no afecta en modo alguno los derechos y beneficios del régimen de pensiones del Decreto Legislativo N° 19990.

Artículo 2.- Ámbito y alcances de su aplicación

El régimen del Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Sólo se consideran incorporados al régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.
2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.
4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N° 20530.

Artículo 3.- Monto máximo de las pensiones
El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

Artículo 4.- Reajuste de pensiones
Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.

El reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

Artículo 5.- Cálculo de las nuevas pensiones

Las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de la presente Ley se calcularán según las siguientes reglas:

1. Para los varones, las pensiones serán iguales a una treintava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

2. Para las mujeres, las pensiones serán iguales a una veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

3. Si las remuneraciones pensionables hubieran sido aumentadas al trabajador en cincuenta por ciento (50%) o más dentro de los últimos sesenta (60) meses, o entre treinta (30%) y cincuenta por ciento (50%) dentro de los últimos treinta y seis (36) meses, la pensión será regulada en base al promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en el período correspondiente a los últimos sesenta (60) o treinta y seis (36) meses, en su caso.

Si el trabajador resultare comprendido en las dos situaciones anteriormente indicadas, se tomará en cuenta el promedio mayor. En los casos en que los incrementos de las remuneraciones pensionables se originen como consecuencia de homologación o de aumentos de remuneraciones con carácter general dispuestos por ley, no será de aplicación el numeral 3.

Artículo 6.- Remuneración pensionable

Es pensionable toda remuneración permanente en el tiempo y regular en su monto que se encuentre sujeta a descuentos para pensiones. No se incorporará a la pensión aquellos conceptos establecidos por norma expresa con el carácter de no pensionable.

Artículo 7.- Modificaciones a normas sobre las pensiones de sobrevivientes

Sustitúyense los textos de los artículos 25, 32, 34, 35, 36 y 55 del Decreto Ley N° 20530 por los siguientes textos:

“Artículo 25.- La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje.

Artículo 32.- La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido.

Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años.

b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años cuando adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella.

En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. La declaración de incapacidad absoluta requiere de un dictamen previo y favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho a la pensión se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla dieciocho (18) años de edad y antes de que el adoptante cumpla sesenta y cinco (65) años de edad y siempre que el fallecimiento ocurra después de treinta y seis (36) meses de producida la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ocurre por accidente.

Artículo 35.- El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada.

Artículo 36.- La pensión de ascendientes corresponde al padre, a la madre, o a ambos, solamente en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad.

El monto de la pensión será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante. A efectos de tener derecho a esta pensión, se deberá acreditar haber dependido económicamente del trabajador o pensionista a su fallecimiento, y carecer de rentas e ingresos superiores al monto de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

- a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad;
- b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley;
- c) En el caso de hijas solteras mayores de edad que vienen percibiendo pensiones de orfandad conforme a la legislación anteriormente vigente, cuando realicen actividad lucrativa, perciban rentas o se encuentren amparadas por algún sistema de seguridad social;
- d) Percibir rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, en el caso de ascendientes;
- e) Haber recuperado el pensionista las facultades físicas o mentales, cuya pérdida determinó el estado de invalidez para el otorgamiento de una pensión, previo dictamen favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud;
- f) Fallecimiento;
- g) Haber desaparecido uno de los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la pensión.”

Artículo 8.- Aguinaldos y gratificaciones

Los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 tienen derecho a percibir aguinaldos o gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a lo que señale la ley para tal efecto.

Artículo 9.- Plazos de prescripción

Los plazos de prescripción para la declaración de nulidad de oficio y para la declaración de nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo son contados desde la fecha en que el acto administrativo quedó consentido.

Artículo 10.- Entidad administradora de las pensiones

El Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Toda alusión normativa a entidades responsables de las funciones relacionadas al régimen regulado por la presente Ley debe entenderse como referida al Ministerio de Economía y Finanzas, excepto en lo relativo al pago de las pensiones, mientras esta función no le sea encargada por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Como entidad administradora, el Ministerio de Economía y Finanzas debe establecer un programa de fiscalización permanente con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas vigentes en relación al régimen a que se refiere la presente Ley.

El Ministerio de Economía y Finanzas puede delegar, a otras entidades públicas, mediante decreto supremo, en forma total o parcial, sus facultades y funciones, en otras entidades.

Artículo 11.- Carácter obligatorio de directivas y requerimientos

Los funcionarios y empleados de todas las entidades del Sector Público que tengan en sus planillas personas comprendidas en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Adecuación de los trabajadores comprendidos en el Decreto Ley N° 20530 que no cumplen con los requisitos señalados en la presente Ley

Establécese el plazo de noventa (90) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que el trabajador perteneciente al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, no hubiera cumplido con los requisitos para obtener una pensión conforme a lo establecido en el Decreto Ley N° 20530 y sus modificatorias, debe manifestar por escrito a su empleador su opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, y deberá cumplir con el procedimiento establecido para la afiliación a uno de estos dos regímenes de pensiones.

Los trabajadores que opten por el Sistema Privado de Pensiones recibirán un bono de reconocimiento por sus años de servicios, según las condiciones y procedimientos que disponga el reglamento.

SEGUNDA.- Régimen de jueces y fiscales

Los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, cuenten con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera, que aún no hayan tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530, deben solicitarlo por descrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de la presente Ley.

Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que ha optado por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran.

TERCERA.- Adecuación de las pensiones al tope

El tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley se aplicará a partir de la vigencia de la presente disposición, de manera progresiva. Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente.

CUARTA.- Destino del ahorro

En cumplimiento de lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación del tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley serán transferidos, bajo responsabilidad de los funcionarios respectivos, al Fondo para la Asistencia Previsional, con el objeto de financiar los incrementos que a continuación se detallan:

1. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean menores a S/. 415,00 mensuales se incrementarán hasta dicho monto. El incremento mínimo será de S/. 100,00, pudiendo, en el caso que corresponda, exceder la indicada suma de S/. 415,00.

2. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/. 415,00, pero no superiores a S/. 750,00 mensuales, se incrementarán en S/. 100,00.

3. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/. 750,00, pero no superiores a S/. 800,00 mensuales, se incrementarán en S/. 50,00.

QUINTA.- Fiscalización de pensiones

Facúltase a la entidad administradora de este régimen de pensiones a iniciar un programa de fiscalización de pensiones, a través del cual se revisarán todos los actos administrativos de incorporación, reincorporación, reconocimiento, calificación de derechos y otorgamiento de beneficios y nivelaciones bajo el Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias, a fin de detectar los actos que hayan sido efectuados con infracción de las normas, identificar aquellos actos administrativos nulos y cualquier otra irregularidad o ilegalidad, con el objeto de promover las acciones administrativas y judiciales correspondientes y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

Esta fiscalización no alcanza a los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto, o que las respectivas acciones hubieran prescrito, atendiendo al plazo prescriptorio que corresponda en cada caso.

SEXTA.- Defensa de procesos administrativos y judiciales

Las entidades del Sector Público que estuvieran en calidad de demandantes o demandadas en procesos administrativos y judiciales relacionados con el Decreto Ley N° 20530, continuarán bajo su defensa y cargo hasta que se emitan las disposiciones correspondientes y se realice la transferencia de estos procesos.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Texto Único Ordenado

Facúltase al Poder Ejecutivo para que, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, apruebe el Texto Único Ordenado del Régimen Cerrado de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

SEGUNDA.- Precisión a la Ley del Profesorado

Precísase que el ingreso al servicio magisterial válido para estar comprendido en el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530, es en condición de nombrado o contratado hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que haya estado laborando conforme a la Ley del Profesorado al 20 de mayo de 1990. Para tal efecto, es requisito que el profesor cuente con la respectiva resolución de incorporación a dicho régimen y/o aportes al mismo.

TERCERA.- Derogatorias

Deróganse los artículos 27, 29, 30, 31, 44, 49, 50, 51 y 52 del Decreto Ley N° 20530; Ley 23495; Ley 25008; artículo 58, modificado por la Ley 25212, y artículo 59 de la Ley 24029; literal b del artículo 60 de la Ley 24029, con excepción del derecho de percibir las gratificaciones por Navidad y Fiestas Patrias; Ley 27719; el artículo 2 de la Ley 28047 y todas las demás disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

CUARTA.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, excepto las disposiciones contenidas en la Tercera y Cuarta Disposiciones Transitorias, las mismas que entrarán en vigencia a partir del 1 de enero de 2005.

IV. ANTECEDENTES

A. Demandas

a. Respecto al Expediente N° 0050-2004-AI/TC.

Con fecha 6 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, ley que modifica los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

El demandante alega los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que la norma impugnada incurre en una inconstitucionalidad por la forma, porque no se respetaron los límites de la reforma constitucional desarrollados en la sentencia recaída del Expediente N° 014-2002-AI/TC.

- Que es inconstitucional por el fondo, porque con la modificación del artículo 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria, se determina que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, lo que en materia pensionaria significa que se está despojando a los pensionistas de sus derechos ya adquiridos. Añade que, en todo caso, la modificación debería orientarse a quienes aún no han adquirido el derecho, en adelante, y no en forma retroactiva en términos objetivos.

- Que a la familia le corresponde una especial protección en materia de seguridad social, de modo que, al atentarse contra la irrenunciabilidad de los derechos sociales, se desconoce el carácter alimentario de las pensiones.

- Que el derecho a la pensión se entiende como una relación jurídica de Derecho Público Patrimonial de carácter obligatorio, cuya prestación principal es la pensión mensual que cuantitativamente se otorga, estimada en base a la proporción de las aportaciones.

- Que la norma impugnada ha sustituido sustancialmente el sistema de la seguridad social en lo que concierne a los derechos de los titulares, sobrevivientes, trabajadores y ciudadanía en general y, por lo tanto, viola la Constitución, principalmente en sus artículos 1, 2 incisos 1, 2 y 16, 10, 11, 12, 16, 26 inciso 2; 5 y 103 y en la Primera Disposición Final y Transitoria, referida a los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, y Segunda Disposición Final y Transitoria, que trata sobre el reajuste periódico y progresivo de los derechos sociales.

- Que la ley de reforma constitucional afecta los regímenes pensionarios regulados por el Decreto Ley N° 20530 y el Decreto Legislativo N° 19990, los de las Fuerzas Armadas y Policiales, a los trabajadores en actividad y a la ciudadanía en general, puesto que desaparecerá la protección de los derechos adquiridos y la nivelación quedará prohibida constitucionalmente. Con ello se pretendería burlar la sentencia de inconstitucionalidad que en su momento dejó sin efecto la Ley N° 27617, que pretendió hacer efectivos dichos recortes.

- Que la norma impugnada contravendría jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera que el derecho pensionario se obtiene desde el momento en que se reúnen los requisitos establecidos por ley, incluso en el supuesto de que el trabajador permanezca laborando.

- Que se estaría posibilitando reformular las previsiones legales en materia pensionaria previstas y ofrecidas por las AFP.

- Que se atenta contra la seguridad jurídica y contra el derecho a la propiedad, al no respetarse los criterios del test de razonabilidad, ni preverse ningún tipo de resarcimiento a favor de los pensionistas.

- Que si lo que se busca es la financiación del sistema pensionario con equidad, razonabilidad y proporcionalidad, se debería recurrir a la contribución solidaria conforme lo prevé la Ley N° 28046, y no afectando derechos fundamentales reconocidos.

b. Respecto al Expediente N° 0051-2004-AI/TC

Con fecha 7 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao interpone demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y quinto párrafo del texto modificatorio de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28389, debido a que su existencia legislativa colisiona abiertamente los artículos 70 y 103 de la Constitución.

El demandante aduce los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que el Tribunal Constitucional deba dictar una sentencia interpretativa reductora, a fin de establecer que el texto legal de la norma impugnada sólo puede ser entendido como aplicable para aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y que no han consolidado o adquirido su derecho a la nivelación de pensiones hasta antes de que entre en vigencia la modificación constitucional, por no haber cumplido con laborar por veinte o más años en la Administración Pública.

- Que la ley de reforma constitucional afecta la protección de los derechos adquiridos, en la medida que las normas legales que reconocen derechos fundamentales no pueden ser dejadas de lado por quienes las han reconocido, es decir, por el propio Estado.

c. Respecto al Expediente N° 004-2005-PI/TC

Con fecha 15 de febrero de 2005, más de cinco mil ciudadanos, representados por los señores Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y quinto párrafo del texto modificatorio de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28389; asimismo, solicitan que se extienda la declaración de inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, a los artículos 3, 4 y 7 (en el extremo de la modificación del artículo 32, 35 y 36 del Decreto Ley N° 20530) de la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, en la parte que no contiene la salvedad de no ser aplicables a los trabajadores y pensionistas beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 que ya han consolidado su derecho a la nivelación de pensiones.

Los demandantes argumentan los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas mediante una sentencia aditiva que agregue a los artículos impugnados el concepto de que sólo pueden ser entendidos como aplicables para aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y que no ha consolidado o adquirido su derecho a la nivelación de pensiones hasta antes de la entrada en vigencia de la modificación normativa.

- Que las pensiones de sobrevivientes, incluida la de viudez, están ligadas a la pensión obtenida por su titular o causante, y que así como dicha pensión una vez consolidada no puede ser modificada sino respecto de quienes tienen aún un derecho no consolidado, las modificaciones que se hagan a las pensiones de viudez deben aplicarse únicamente a los sobrevivientes de quienes al momento de la emisión de la norma modificatoria aún

no habían consolidado su derecho previsional, es decir, en caso que no hubiesen cumplido la condición suspensiva del fallecimiento del causante, por ser una modalidad de acto jurídico y no un requisito.

- Respecto a la sustitución del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, que el nuevo texto legal que establece la Ley N° 28449 ha variado el porcentaje de las pensiones de orfandad en forma descendente, tanto en los casos que exista o no exista cónyuge.

- Finalmente, que las normas legales que reconocen derechos fundamentales no pueden ser dejadas de lado por parte de quien las ha reconocido, es decir, el propio Estado.

d. Respecto al Expediente N° 007-2005-PI/TC

Con fecha 3 de marzo de 2005, más de cinco mil ciudadanos, representados por don Carlos Blancas Bustamante, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N° 28389, solicitando, asimismo, que la declaración de inconstitucionalidad se extienda, por conexión o consecuencia, a la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, así como a las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten después de haberse interpuesto la presente demanda, y que tengan como sustento el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.

Los demandantes precisan los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que la Ley N° 28389 incurre en vicio de inconstitucionalidad referido al fondo, dado que su contenido excede la potestad de reformar la Constitución asignada al Congreso en el artículo 206 de la Constitución, y transgrede los límites materiales de la reforma constitucional, pues está prohibido al legislador que adopte leyes y reformas que vacíen de contenido a los derechos o intereses legales, con el propósito de privarlos de efectos reales y prácticos mediante su poder de legislar.

- Que la norma sometida a control constitucional reforma malamente los derechos fundamentales a la seguridad social y a la propiedad, desconociendo su prelación como principios y valores superiores del Estado Constitucional, concepción humanista que se encuentra plasmada en el artículo 1 de la Constitución. Agregan que estos derechos están consagrados en los principales tratados internacionales de protección de los derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú, por lo que tienen un preeminente nivel de protección por su carácter de derechos humanos fundamentales, de conformidad con lo establecido por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

- Que el artículo 3 de la Ley N° 28389, que modifica la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, vulnera flagrantemente el contenido esencial de esta norma constitucional, porque establece la aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias que se establezcan por ley, produciéndose la ‘desconstitucionalización’ o ‘desfundamentación’ de los derechos a la seguridad social, especialmente el derecho a la nivelación de las pensiones de jubilación, que ostenta rango constitucional en virtud de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y cuya aplicación ultractiva fue garantizada a quienes hubieran adquirido legalmente el derecho por la Primera Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución. Y, además, que se prohíbe la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y se elimina el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinársele a las decisiones y posibilidades económicas del Estado.

- Finalmente, que en el marco del Estado social consagrado en el artículo 43 de la Constitución, es en sí mismo un deber de la autoridad garantizar la aplicación progresiva de los derechos sociales conforme al cual, si bien los mandatos constitucionales en que residen tales derechos no son, en todos los casos, inmediatamente aplicables por el Estado obligado a cumplirlos, éste debe tender, de una manera clara y constante, a su realización progresiva, según su capacidad económica y las posibilidades de la sociedad.

e. Respecto al Expediente N° 009-2005-PI/TC

Con fecha 9 de marzo de 2005, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449, específicamente sus artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, y su Primera, Tercera y Quinta Disposición Final y Transitoria.

El demandante esgrime los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que los pensionistas se ven afectados en la medida que, sin tenerse en cuenta los derechos adquiridos, la ley impugnada aplica nuevas reglas a los pensionistas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530; agregando que, en el nuevo marco normativo, la nivelación de las pensiones queda prohibida y se establecen máximos a los montos pensionarios.

- Que se quebranta la seguridad jurídica en la medida que la ley sometida a control constitucional pretende modificar o suprimir derechos fundamentales, como lo son los derechos legalmente adquiridos en materia pensionaria, a la vida, a la dignidad, a la igualdad ante la ley, a la propiedad, ‘a la irretroactividad de las normas’, a la intangibilidad de los fondos de pensiones, a la seguridad social y a la progresividad de los derechos sociales.

- Que siendo el Congreso de la República un poder constituido, no puede exceder las atribuciones que le otorga la propia Constitución. Así, al desarrollar una norma que es contraria no sólo al orden legal sino a los fallos jurisprudenciales que en materia constitucional delimita las facultades del Congreso, se estaría atentando también contra la garantía de la cosa juzgada. Añade que muchos pensionistas han conquistado sus derechos pensionarios en la vía judicial; y que, sin embargo, la ley impugnada justifica toda decisión que en lo sucesivo regule el cumplimiento de las obligaciones pensionarias, desconociendo la protección efectiva a la tutela jurisdiccional efectiva y la seguridad jurídica de los pensionistas, así como las sentencias de inconstitucionalidad que han reivindicado los derechos pensionarios.

B. Contestaciones de demanda

a. Respecto al Expediente N° 0050-2004-AI/TC

Con fecha 11 de abril de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito del Acuerdo de Mesa N° 511-2004-2005-MESA/CR, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, sosteniendo que no contraviene la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma, de modo que no se configuran las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado aduce los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que el principio de presunción de constitucionalidad exige interpretar la norma conforme a la Constitución, con buena fe, a fin de no emitir juicios negativos sobre la aplicación de la futura ley. Así, el análisis acerca de la constitucionalidad no puede partir de un juicio a priori, en el sentido de que la ley ha sido dada para incumplir con las obligaciones sociales adeudadas a la población.

- Que la reforma responde a razones de equidad social y sostenibilidad financiera, dada la necesidad de subsistencia del régimen, así como la mejora de la situación de la mayor parte de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 y, fundamentalmente, de todo el sistema pensionario como parte integrante de la seguridad social. Así, la universalidad alegada por el demandante supone que la cobertura debe extenderse gradualmente a un número de personas cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión, no pueden aceptarse desigualdades de ninguna índole, siendo la instancia legislativa la competente para adoptar y determinar cuáles son los grupos que requieren con mayor urgencia la ampliación de la cobertura. Así, al cerrarse un régimen desfinanciado se garantiza el principio de universalidad y el principio de eficacia, previstos por la ley de reforma, dejando de beneficiarse sólo a un 3,5% de la totalidad de pensionistas.

- Que el ahorro presupuestal que se origina con la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, puesto que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas, sino que también se refiere a la razonabilidad del monto percibido.

- Que no tiene asidero afirmar que se verán privados de ejercitar su derecho a la seguridad los casi trescientos mil trabajadores que se encuentran en actividad prestando servicios al estado. Agrega que la reforma constitucional y la ley que modifica las reglas pensionarias precisan que el derecho a la seguridad se ejerce bien en el Sistema Privado de Pensiones (AFP) o bien en el sistema público (Decreto Ley N° 19990), en la medida que el régimen del Decreto Ley N° 20530 ha quedado definitivamente cerrado.

- Que la definición de los límites materiales del derecho a la seguridad social planteada por el demandante es interesada; y, que la ley de reforma constitucional no transgrede el principio de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, pues ésta puede verse favorecida con la disposición agregada como segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución.

- Que, para la seguridad social, las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono, las mismas que son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, y que tienden a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes). En esa medida, la Constitución en su artículo 11 se circunscribe a garantizar a la persona el libre acceso, y de forma progresiva, a la pensión, y a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la seguridad social.

- Que la afirmación de los demandantes es falsa en el extremo en que alegan que no se les hizo conocer el procedimiento seguido para la elaboración de la ley de reforma constitucional, omitiéndose con ello el estricto cumplimiento de lo previsto por los artículos 59, 69 y 70 del Reglamento del Congreso de la República, ya que sí fueron recogidas y sumilladas las sugerencias y observaciones planteadas por los representantes de los pensionistas.

- Que el erróneo entendimiento de la teoría de los hechos cumplidos, lleva al demandante a plantear una pretensión insostenible y contraria al criterio establecido por el Tribunal Constitucional, respecto a la posibilidad de limitar al derecho pensionario en función a la situación económica, social y política del país.

b. Respecto al Expediente N° 0051-2004-AI/TC

Con fecha 8 de marzo de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito a la Resolución N° 060-2004-2005-P/CR, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao contra el artículo 3 de la Ley N° 28389, sosteniendo que no contraviene la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma, de modo que no se configuran las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado alega los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que es obsoleta la vexata questio acerca de la existencia de normas inconstitucionales en el texto escrito de la Constitución, dado que los principios que rigen la interpretación constitucional obligan al intérprete a ceñirse a ellos, a fin de encontrar el resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional, controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica.

- Que el propio Tribunal Constitucional es el que ha establecido los criterios que habilitan una reforma constitucional y la revisión y perfeccionamiento del sistema de seguridad social en pensiones.

- Que la inequidad entre el régimen del Decreto Ley N° 20530 y otros regímenes pensionarios, e incluso al interior del primero, justifican la opción adoptada por la ley de reforma constitucional. Añade que ésta se condice con los instrumentos de protección de los derechos humanos y con la doctrina del Tribunal Constitucional, puesto que se trata de una ley que tiene como objeto el bienestar general dentro de una sociedad democrática, que no contradice el propósito y la razón de ser de los derechos económicos, sociales y culturales.

- Que el desarrollo progresivo de los derechos sociales debe ser entendido e interpretado respecto de la población en general, y no en función de un grupo pequeño de pensionistas, atendiendo, tal como lo hace el texto de reforma constitucional, a la equidad e interés social.

- Que para la seguridad social, las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección, cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono, las mismas que son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, y que tenderán a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes). En esa medida, la Constitución, en su artículo 11, se circunscribe a garantizar a toda persona el libre acceso, en forma progresiva, a la pensión, y a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la seguridad social.

- Que la teoría de los derechos adquiridos es insostenible, pues supone en el ordenamiento jurídico la existencia de situaciones jurídicas inmunes a la ley o la presencia de leyes que siguen vigentes aún después de haber sido derogadas.

- Que el ahorro presupuestal que se origina con la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas, sino también a la razonabilidad del monto percibido.

c. Respecto a los Expedientes 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC

Con fecha 15 de abril de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito de las Resoluciones N° 069-2004-2005-P/CR y N° 076-2004-2005-P/CR, para solicitar que se declaren infundadas las demandas de inconstitucionalidad N° 004-2005-PI/TC y N° 007-2005-PI/TC, presentadas por dos grupos de cinco mil ciudadanos contra los artículos 3 de la Ley N° 28389, y, por conexión, contra la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530; así como la demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI/TC presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 28449, manifestando que dichas normas impugnadas no contravienen la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma; no configurándose las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado aduce los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que es obsoleta la *vexata questio* acerca de la existencia de normas inconstitucionales en el texto escrito de la Constitución, en la medida que los principios que rigen la interpretación constitucional obligan al intérprete a ceñirse a ellos, a fin de encontrar el resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional, controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica.

- Que la reforma del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 era necesaria por razones sociales, administrativas y fiscales, como se expone en el proyecto de ley de reforma y en el proyecto de ley que originó posteriormente la Ley N° 28449, y cuyo objetivo es brindar una mayor equidad en el pago de las pensiones.

- Que la reforma tendrá un impacto significativo en la carrera pública, pues permitirá diseñar una política de remuneraciones moderna, transparente y dirigida a fomentar el buen desempeño de los trabajadores públicos, más aún si todo incremento, inclusive el destinado a objetivos concretos o vinculados directamente a la condición laboral de un grupo de trabajadores, tiene efectos inmediatos a favor de los jubilados. En este sentido, las remuneraciones de los trabajadores públicos y las pensiones de los jubilados deben tener un tratamiento independiente, con sus propias reglas, requisitos, fondos y proyecciones.

- Que el ahorro presupuestal que permitirá la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas sino que también se refiere a la razonabilidad del monto percibido.

- Que la definición de los límites materiales del derecho a la seguridad social esgrimida por el demandante es interesada; y que la ley de reforma constitucional no transgrede el principio de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, sino que puede verse favorecida con la disposición agregada como segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución.

- Que en los diversos instrumentos internacionales ratificados por el Perú referidos a la seguridad social, las disposiciones son centralmente programáticas, las cuales han sido respetadas escrupulosamente tanto por la reformada Primera Disposición Final y Transitoria, como por las normas posteriormente promulgadas.

- Que la teoría de los derechos adquiridos es insostenible, pues supone en el ordenamiento jurídico la existencia de situaciones jurídicas inmunes a la ley, o la presencia de leyes que siguen vigentes aún después de haber sido derogadas. Por lo tanto, plantear la vigencia del derecho a la nivelación aún después de la modificación incorporada supone la asunción de una tesis que no sólo no tiene base en el texto constitucional, sino que colisiona frontalmente con la opción normativa adoptada, resultando, por ende, carente de sustento.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO

- Respecto a la Ley N° 28389, Ley de reforma constitucional

* ¿Cuál es el ámbito de control de la constitucionalidad del Tribunal Constitucional respecto a la ley de reforma constitucional relacionada con el régimen pensionario? En consecuencia:

- ¿Hasta qué punto es competente este Colegiado para controlar una ley de reforma constitucional a la cual se encuentra sometido, al ser la Constitución nuestro parámetro de actuación para resolver un proceso de inconstitucionalidad?

- ¿De qué forma se define el canon constitucional de interpretación que será utilizado para resolver el presente proceso de inconstitucionalidad?

- ¿De qué forma se define la independencia del Tribunal Constitucional a la hora de resolver?

* ¿Cómo se establece el examen de control de la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional determinada por el poder constituyente derivado? Por lo tanto,

- ¿De qué manera se configuran los límites a la reforma constitucional?

- ¿Se ha vulnerado, al momento de aprobar la ley, el procedimiento de reforma constitucional exigido por la propia Constitución?

- ¿Afecta la presente reforma los límites materiales que la determinan, por contravenir el contenido de los derechos fundamentales?

* Entrando al fondo de la cuestión, ¿cuál es el sentido social del derecho a la pensión? Por tal razón,

- ¿Cómo aparece reconocido el derecho a la pensión dentro de un Estado social y democrático de derecho y dentro de una economía social de mercado?

- ¿De qué forma la seguridad social constituye una garantía institucional del derecho a la pensión?

- ¿Cuál es el criterio de justicia que debe ser observado como substrato del derecho a la pensión?

* ¿Cómo se configura el derecho a la pensión? En tal sentido:

- ¿Se deben utilizar en este derecho la categoría de derechos humanos, de derechos constitucionales o de derechos fundamentales?

- ¿Cómo se concretiza la titularidad del derecho fundamental a la pensión?

- ¿Es compatible con su carácter de derecho fundamental, la exigencia de la teoría de los derechos adquiridos y la progresividad de su tratamiento?

- ¿Cómo se analiza el carácter patrimonial del derecho a la pensión?

* ¿Es constitucionalmente legítima la existencia de una reforma pensionaria como la realizada? Así,

- ¿En qué sentido se ha respetado el contenido esencial del derecho a la pensión en la reforma constitucional?

- ¿Cuál es la forma de aplicación del test de razonabilidad a la equidad pensionaria?

- Respecto a la Ley N° 28449

* ¿Qué consideraciones generales se deben observar respecto a la resolución de un proceso de inconstitucionalidad de una ley? Por ello, corresponderá analizar lo siguiente:

- ¿Cuál es el canon de interpretación constitucional que debe ser utilizado para evaluar la inconstitucionalidad de la ley?

- ¿Qué se entiende por la configuración legal del derecho fundamental a la pensión?

- ¿Existe alguna inconstitucionalidad formal en el íter legislativo seguido?

* Respecto a la inconstitucionalidad material, ¿son constitucionalmente válidas las nuevas reglas pensionarias? En consecuencia,

- ¿Cómo se aplican a los trabajadores vinculados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530?

- ¿Resultan constitucionales la determinación y los criterios de aplicación del monto máximo de las pensiones?

- ¿Cómo se debe fijar la pensión mínima?

- ¿Supera el test de razonabilidad que el reajuste pensionario utilice la edad como criterio de diferenciación?

- ¿Afecta el criterio de igualdad el distinto tratamiento entre hombres y mujeres con relación a la pensión de viudez?

- ¿Es constitucional la configuración legal de la pensión de orfandad?

* ¿De qué manera este Colegiado establece la exigibilidad de la sentencia emitida? En consecuencia,

- ¿Se encuentra sometida la Administración al cumplimiento y respeto de la Constitución?

- ¿Hacia dónde debe destinarse el ahorro presupuestario respecto a las pensiones?

- ¿En qué medida se pueden homologar los regímenes pensionarios?

VI. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN

A. EL ÁMBITO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A UNA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR UNA LEY QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN

1. El principio político de la soberanía popular y el Tribunal Constitucional

El artículo 45 de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política del principio de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la Nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse.

Con relación al Tribunal Constitucional, se sostiene que la Constitución

“(…) no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones ‘constitucionalmente relevantes’, sino que determina su composición, los órganos y método de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, recibe ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos”¹.

En tal medida, este Colegiado ha establecido, como parte del fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, Caso Alberto Borea Odría, sobre la Inconstitucionalidad de la Constitución Política de 1993, que

“(…) la Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas”.

En tal contexto, en toda institución pública, quienes ejerzan el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional. Así, se

“(…) establece también como instrumento máximo de garantía un Tribunal Constitucional, cuya misión, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución”.

2. El principio jurídico de la soberanía constitucional y el Tribunal Constitucional

En el mismo artículo 45 de la Constitución, refiriéndose al poder, se prescribe que

“(…) quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

En tal sentido, es indudable que este Colegiado se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución. Este es, justamente, el principio jurídico de la soberanía constitucional.

Es más, por definición, la actividad del Tribunal Constitucional es tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas en un Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, tal como lo señala el artículo 1 de su propia Ley Orgánica, Ley N° 28301, este Colegiado

“(…) se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

De ello se desprende que, al ser un órgano primordial en la configuración y vigencia del Estado social y democrático de derecho, el Tribunal Constitucional debe propiciar en un máximo sentido que la Constitución sea cumplida en toda su plenitud y dimensión.

Así, y a propósito de un proceso de inconstitucionalidad, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2002-AI/TC, Caso de la Municipalidad Provincial de Huaura, sobre Inconstitucionalidad de Ordenanza, este Colegiado afirmó que en todo proceso sometido a su competencia se debe reconocer que

“(…) la Constitución (...) actúa como parámetro, en la medida que es la Lex Legum”.

Entonces, debe definirse si este Colegiado se encuentra capacitado para analizar, en una demanda de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389. Es más, no se puede desconocer el hecho de que el contenido de esta ley de reforma, por haber cumplido el iter legislativo de su aprobación -doble votación calificada en el Congreso-, se ha integrado a la propia Norma Fundamental. Se deben revisar las posiciones al respecto.

3. La discutible consideración del control de la reforma constitucional como ‘cuestión política no justiciable’

Se ha considerado la posibilidad de excluir expresamente al Tribunal de cualquier acto de modificación constitucional, porque se asignaría a éste la condición de cuestión política no justiciable. Se arguye que, al no estar prevista expresamente en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución la ley de reforma constitucional, no podría aparecer como objeto de impugnación a través de un proceso de inconstitucionalidad, tema sobre el cual se volverá infra.

Este Colegiado ya se ha referido a las political questions, señalando, como parte del fundamento 11 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 340-98-AA/TC, Caso Guillermo Rey Terry, sobre Afectación al Debido Proceso en Destitución por el Congreso,

“(…) que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros; uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad”.

Sin embargo, en el presente proceso, tal como se analizará a continuación, es pertinente que el Tribunal Constitucional, como principal garante de la Constitución, vele porque la Norma Suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional. Por lo tanto, este Colegiado debe esclarecer si la norma impugnada atenta, o no, contra los ‘contenidos fundamentales’ y los procedimientos de reforma previstos en la propia Constitución.

4. El parámetro que se utilizará en las presentes demandas de inconstitucionalidad

Si bien, prima facie, se ha determinado la competencia de este Colegiado para analizar las demandas de inconstitucionalidad de una ley de reforma constitucional, es conveniente precisar cuál será su parámetro exacto de actuación.

La controversia se suscita porque, de un lado, la Constitución es el parámetro básico de actuación del Tribunal Constitucional, y, por otro, se solicita que se analice la validez de la reformada Constitución. Es decir, que este Colegiado podría llegar a examinar, como parte de su competencia implícita, su propio marco constitucional de control. La determinación de tal parámetro es esencial para que se pueda asumir la atribución de examinar una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389.

Es conveniente recalcar que tal actuación es componente elemental de la legitimidad con que se cuenta en sede constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma de la Constitución siempre y cuando afecte el ‘contenido fundamental’ de su configuración normativa, en tanto Norma Suprema política y jurídica del Estado. Para determinar este núcleo, es imprescindible remitirnos a los parámetros que la propia reforma constitucional asume como parte de su ordenación constitucional.

Esto quiere decir que si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal Constitucional, tal como lo señala explícitamente el artículo 201 de la propia Constitución, el órgano de control de la Constitución, se encuentra

legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente sobre la base del 'contenido fundamental' protegido implícitamente en la Constitución.

5. La determinación de competencia

Este Colegiado es competente para analizar las reformas constitucionales impugnadas por las demandas que eventualmente podrían afectar el 'contenido fundamental' -también denominado 'fórmula política'- de la Constitución, sobre todo en su ámbito social y, en especial, el pensionario. Para tal efecto, en el desarrollo de esta sentencia será imprescindible determinar tal 'contenido fundamental' y establecer, previamente, cuáles son los límites materiales y formales que existen respecto a una reforma constitucional.

El marco adecuado que brinda la Constitución al Tribunal Constitucional permite señalar que este proceso vital del Estado, como un todo,

“(…) en cuanto duradera renovación y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución”³.

Por lo tanto, será imprescindible analizar los límites materiales y formales a los cuales se somete el Congreso nacional para realizar una ley modificatoria de la Constitución, más aún si en el fundamento 62 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegiado de Abogados del Cusco, sobre la Ley de Reforma Total de la Constitución, este Colegiado precisó que

“(…) en caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites”.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, y en tanto vocero del poder constituyente, es el titular legitimado para ejercer el control jurídico del poder constituido. Por tal razón, este Colegiado es el órgano competente para analizar la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530.

§2. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

6. El análisis de la presunción de constitucionalidad de las leyes

Determinada la competencia de este Tribunal para resolver la presente causa, se mantiene aún la dificultad de establecer con precisión cuál es el parámetro que servirá para declarar inconstitucional, o no, la Ley N° 28389.

Si, según el artículo 109 de la Constitución,

“(…) la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”,

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución.

7. La presentación de una disyuntiva sobre la norma constitucional que debe utilizarse

En la Audiencia sobre el presente caso llevada a cabo el día 3 de mayo del 2005, las partes asumieron posiciones encontradas al respecto, no lográndose a definir con claridad si las demandas planteadas deben analizarse a la luz de las normas constitucionales ahora vigentes -o sea, ya reformadas-, o si, por el contrario, corresponde el examen a partir de las normas en vigor hasta antes de la reforma.

Una disyuntiva como ésta fue de cierta forma superada por este Colegiado en dos sentencias anteriores. En primer lugar, como parte del fundamento 3 de la Sentencia N° 005-96-I/TC, se precisó que

“(…) para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles”.

En segundo lugar, en el fundamento 22 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, estableció que si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro

“(…) no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se ‘administraba’ no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal”.

8. El marco constitucional del presente proceso de inconstitucionalidad

Este Colegiado considera que la presunción de constitucionalidad de las leyes debe ser respetada plenamente en un Estado social y democrático de derecho. Por ello, estima que no se puede incurrir en la contradicción jurídica de utilizar como parámetro de constitucionalidad una norma inexistente, pues, si así fuese, se contravendría el artículo 45 de la Constitución. La utilización de normas inexistentes le conferirían a éstas un carácter ultractivo. Por lo tanto, es absolutamente inconstitucional pretender utilizar como marco jurídico, en el presente proceso, el artículo 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria reformados.

De otro lado, tampoco podrían aplicarse las nuevas disposiciones constitucionales, por ser precisamente materia de impugnación constitucional. Sin embargo, estas normas constitucionales gozan de una presunción reforzada de legitimidad constitucional, hecho que no obsta su

presunción iuris tantum. Por ello, este Tribunal circunscribirá el examen de la legitimidad de dicha reforma constitucional al parámetro del 'contenido fundamental' de la Constitución.

Esto significa que, en principio, lo razonable sería pronunciarse respecto a las demandas de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 sobre la base de las normas no sujetas a controversia constitucional, y siempre referidas al derecho a la pensión, pues sólo así se podrá determinar si el procedimiento de reforma constitucional fue llevado a cabo con lealtad constitucional. Por ello, deberá examinarse dicha ley a la luz del contenido fundamental de la Constitución, difiriendo provisionalmente la utilización de las normas impugnadas.

9. El precedente jurisprudencial y la Constitución

Es conveniente determinar, vistos los argumentos de los demandantes, si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas. Es decir, si se encuentra condicionado por la jurisprudencia dictada cuando regía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que consagraba un régimen de derechos adquiridos para los pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Como bien se acaba de mencionar, para resolver la presente controversia constitucional sólo se podrán usar las normas que no están sujetas a escrutinio jurisdiccional, y siempre que se pudiera haber producido una grave y clara violación al 'contenido fundamental' de la Constitución. Por ello, la interpretación realizada por este Tribunal respecto a las normas que sí están sujetas a control sólo pueden ser consideradas como válidas relativamente, lo cual condiciona la inexistencia de cosa juzgada respecto a su jurisprudencia (Vid., fundamento 116).

Si bien, como señala el artículo 82 del Código Procesal Constitucional,

“(…) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (…) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”,

no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedita a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado.

En aras de mayor claridad, debe comprenderse qué significa un proceso de inconstitucionalidad. Según el Código Procesal Constitucional, en su artículo 75, éste tiene como objeto

“(…) la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa”.

Queda claro, entonces, que este Colegiado no se encuentra sometido a las sentencias emitidas cuando regían las normas constitucionales ahora modificadas, pues el sentido de la 'jerarquía normativa' de la Constitución ya ha variado. Esto no significa que las sentencias expedidas en el anterior contexto normativo constitucional en materia pensionaria quedan sin efecto, por cuanto fueron expedidas válidamente.

§3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. La actuación del Tribunal Constitucional frente a un proceso de inconstitucionalidad

Cuando se resuelve un proceso de inconstitucionalidad, no puede soslayarse su naturaleza dual, dado su carácter abstracto -u objetivo-, por ser un proceso de puro derecho, y concreto -o subjetivo-, por las consecuencias económicas y sociales que producen sus sentencias.

En tal contexto, este Colegiado valora subjetivamente la constitucionalidad de actos concretos -relativos a la situación del sistema pensionario-, pues tal valoración se impone como un canon interpretativo de la Constitución; o, lo que es lo mismo, asume una 'función de valoración' para la resolución de la controversia constitucional.

Asimismo, en un sentido objetivo, el control de constitucionalidad debe ejercerse según los valores y principios consagrados constitucionalmente, es decir, como bien este Tribunal lo señalara en el fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech Nemy, sobre Inconstitucionalidad de Ley de Instalación de Planta de Gas Natural, el escrutinio que realiza

“(…) no se reduce, únicamente, a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales”.

11. El Tribunal Constitucional como órgano de control jurídico y político

El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución.

Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. En tal sentido, se ha enfatizado que

“(…) el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político”⁴.

De esta forma, se está proclamando la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia.

Es así como este Colegiado debe resolver las controversias, sobre todo las referidas a inconstitucionalidad; asumiendo su carácter político y jurídico, pero sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución.

12. La independencia funcional de los magistrados

Por otro lado, como imperativa asunción de una exigencia de correcta administración de justicia, debe precisarse que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que:

“Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo”,

lo cual no comporta el desconocimiento de los legítimos intereses y las direcciones ideológicas existentes, siempre, claro está, que no subordinen su actuación jurisdiccional.

13. Los medios de comunicación y Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional valora el importante rol que cumple la prensa libre en el propio resguardo de la administración de la justicia constitucional.

Sin embargo, ante las versiones periodísticas que han puesto en duda la actuación independiente y honesta de algunos magistrados de este Colegiado que son titulares del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, así como tras la difusión inexacta y no siempre ponderada respecto al avance de los debates suscitados a raíz de esta sentencia, corresponde al Tribunal Constitucional demandar una mayor responsabilidad a los medios de comunicación social a fin de que realmente cumplan con la función encomendada por la Constitución en su artículo 6:

“(…) los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”.

Se invoca, pues, la prudencia informativa, lo que evidentemente no comporta que depongan su labor de investigación, tan necesaria, sino simplemente que lo sea respetando la judicatura, el sistema democrático y a los peruanos en general.

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA Y POR EL FONDO

§1. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

14. Según los demandantes, debe examinarse la ley de reforma constitucional

Los demandantes sostienen que el Tribunal Constitucional debe realizar el examen parcial de la ley de reforma constitucional, pues consideran que,

“(…) de no ser así, resultaría meramente teórico y académicamente rico, pero vano y superfluo en la práctica, establecer la exigencia de límites al poder de reforma constitucional para señalar a renglón seguido que en caso el órgano competente para la reforma los supere y exceda, alterando el contenido esencial de la Constitución, no es posible controlar dichos excesos por ser una cuestión política ajena al control constitucional, y por lo tanto, no existir un órgano y un proceso autorizados para impedir y reprimir dicha reforma”. De esta forma, “es evidente que el poder reformador (constituyente derivado) del Congreso o Parlamento es insuficiente para producir una reforma que afecte, de cualquier manera, las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales que ésta reconoce y garantiza”⁵.

15. Según el demandado, la ley de reforma se ha hecho al amparo de decisiones del Tribunal Constitucional

El demandado ha señalado como motivación de la reforma constitucional que,

“(…) resulta un imposible jurídico declarar inconstitucional una reforma constitucional que tiene como objetivo cumplir con todas las previsiones, reflexiones, recomendaciones e interpretaciones que de la Constitución ha hecho el Tribunal Constitucional en materia de régimen pensionario”⁶.

16. El reconocimiento de la necesidad de cambios constitucionales

Independientemente de los argumentos de ambas partes, corresponde analizar cómo se configura la competencia de este Colegiado para revisar una ley de reforma constitucional, determinando básicamente los parámetros que el Congreso tiene para dictarla.

Las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales. Es por ello que se requiere, por definición, de un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica para permitir que las sociedades puedan alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se cuenta el de organizar la convivencia humana de un modo adecuado y eficiente.

Sin embargo, estabilidad y previsibilidad no significan permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Por eso, se considera que la Constitución posee un carácter de ductibilidad.

Es necesario señalar que cualquier modificación constitucional, con independencia de cuál sea su contenido, su orientación o su especificidad, supone necesariamente una alteración del equilibrio anteriormente vigente y, de un modo especial, de aquel que regula la tensión permanente entre las tres partes principales de toda Constitución: el estatuto de las libertades, el estatuto del poder y el estatuto del control.

Ello supone que tal alteración debe corresponder al sentir constitucional, y a sus valores estatuidos, pues,

“(…) toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la realidad normativa vigente (...) si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa”⁷.

Esta modificación de los contenidos constitucionales está permitida originariamente por el propio texto del artículo 206 de la Constitución, lo cual significa que la modificación debe efectuarse sobre la base de las circunstancias históricas correspondientes.

17. El Poder Constituyente y el Tribunal Constitucional

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de ‘crear’ la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.

Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que

“(…) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”,

en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su 'vocero'.

18. La reforma constitucional asignada al Congreso de la República

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución -artículo 206- a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.

Al respecto, este Tribunal ha sido claro en manifestar, en el fundamento 84 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) el artículo 206 de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum”.

De esta manera se reconoce que la titularidad del poder constituyente derivado o instituido corresponde al órgano del poder público que, de acuerdo con las normas constitucionales preexistentes, tenga competencia para introducir modificaciones no sustanciales en la Constitución, como es el Congreso de la República.

Tal como lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 7 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados),

“(…) las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad)”.

Teniendo como base ello, se ha señalado que

“(…) la rigidez proporciona una estabilidad realizada en primera línea mediante la permanencia formal de las normas, en cuanto que los límites propician una estabilidad relacionada principalmente con la permanencia de determinados contenidos y con la continuidad del orden constitucional”⁸.

Entonces, debe quedar claro que el Congreso tiene límites para modificar el contenido de la Constitución. Su actuación tiene una frontera. La delimitación de su competencia legislativa será revisada por este Colegiado.

19. La urgencia de reforma constitucional del régimen pensionario

Al respecto, este Colegiado, en el fundamento 28 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, ha expresado que

“(…) al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable”.

Por lo tanto, corresponde que el Congreso efectúe las reformas constitucionales de un verdadero Estado social y democrático de derecho, salvando de esta manera las dificultades que en su formulación dictatorial de 1993 llegó a tener.

En el caso específico del tema pensionario, también este Colegiado ha sostenido, como parte del fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2003-AI/TC, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, que

“(…) ciertamente, dentro de las funciones de este Tribunal no está la competencia para dictar las medidas legislativas que permitan que el régimen pensionario establecido a favor de un sector de pensionistas y futuros pensionistas se adecue a 'imperativos de equidad social', como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni tampoco la de realizar las reformas que se consideren más convenientes. Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional. Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal -como ya se ha expresado en la STC N° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N° 20-, sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206 de la Constitución”.

Sobre este particular, también la Defensoría del Pueblo ha manifestado que

“(…) resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garanticen niveles de vida acordes con su dignidad humana”⁹.

Entonces, lo que debe determinarse a continuación es si la Ley N° 28389 -y también la N° 28449, como se analizará infra- que modifica el régimen pensionario, tienen incidencia directa en la 'equidad social' y no han sobrepasado los límites de una reforma constitucional desarrollada adecuadamente.

20. El control de los cambios constitucionales

Corresponde, entonces, evaluar los alcances de la competencia de este Colegiado para ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley de reforma constitucional, acotando que se encuentra habilitado, por el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, para ejercer el control constitucional de la ley sin distinción alguna. Tal dispositivo debe ser interpretado correctamente de manera extensiva, a diferencia de lo propuesto negativamente en el fundamento 3; en consecuencia, puede concluirse válidamente que el precitado artículo permite la revisión de una ley de reforma constitucional.

Es por ello, según lo expresado en el fundamento 6 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), que

“(…) es deber de este Colegiado preservar la supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales -función valorativa-, expulsando la norma contraria a la Constitución -función pacificadora-, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional -función racionalizadora-”.

Este marco de actuación permite que este Tribunal, según lo expresan los fundamentos 7 y 9 de la mencionada resolución, pueda ejercer control, pues

“(…) si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye (…). Que, por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad”.

21. El problema de los límites de la reforma constitucional

La cuestión de los límites está estrechamente vinculada con el poder constituyente -que en su momento fue el ‘Congreso Constituyente Democrático’ (sic)- y el poder revisor -en nuestro caso, el Congreso nacional-, y las características que los diferencian. El primero tiene la calidad de soberano, y una vez que, como fruto de esa soberanía, surge la Constitución, se transforma, convirtiéndose en poder jurídico. El segundo, por su parte, al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, ‘contenido fundamental’.

En una aproximación de carácter inicial, todo cambio que se realice en el sistema conforme a la Constitución, no puede alterar su identidad. La adecuación de normas constitucionales sirve, más bien, para confirmar o reafirmar la mencionada identidad, en un sentido de evolución normativa y social.

En este marco, es imprescindible diferenciar entre interpretación y mutación. La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema.

En este esquema, en doctrina se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación

“(…) modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”¹⁰.

Esta diferencia es clave, sobre todo en un ‘caso límite’ como es el que es materia de este proceso de inconstitucionalidad, relacionado con un supuesto de irreformabilidad del ‘contenido fundamental’, léase núcleo constitucional. Por lo tanto, desde la perspectiva de la reforma constitucional, un sistema es estable si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política.

22. La dualidad de límites

Teniendo claro que no toda reforma constitucional se produce de conformidad con la identidad de un sistema, se examinará, en primer lugar, los límites formales que deben condicionarla. Y, en segundo, si también están presentes los límites materiales, los cuales deben construirse a partir de la propia Constitución.

Si, según el artículo 45 de la Constitución, el poder se ejerce según las limitaciones que ésta impone, queda claro que el Congreso, según lo estipula el artículo 102, debe

“velar por respeto de la Constitución y de las leyes”,

El sometimiento del Congreso a la Constitución lo obliga a proteger los derechos y bienes en ella recogidos, en el caso que desarrolle una norma a través de una ley regular o, aún más, cuando lo hace mediante una ley de reforma constitucional. Debido a que la autoridad del poder de reforma tiene como soporte el texto constitucional, su contenido no puede destruir su fundamento ni su razón de ser.

En la medida que el poder de reforma proviene de la propia normatividad y normalidad constitucionales, pueden enunciarse, cuando menos, dos corolarios básicos:

- Que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere; y,
- Que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas.

§2. LOS LÍMITES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

23. Según los demandantes, no se ha respetado el derecho a la defensa en el procedimiento de reforma constitucional

Según uno de los demandantes, con el procedimiento de reforma se han afectado los derechos a la defensa, al debido proceso y al ejercicio de vida, pues

“(…) se pudo convocar a las instituciones representativas de dichos sectores, cuya personería jurídica obra en Registros Públicos a efectos de cumplir y garantizar la referida exigencia de forma para la validez de esta actuación constitucional”¹¹.

24. Según el demandado, en un procedimiento de reforma constitucional no puede exigirse el derecho a la defensa

El demandado considera ello porque

“(…) la aprobación de la Ley constituye un acto político por excelencia que no puede reconducirse, como señala el demandante, a un principio del debido proceso -el derecho de defensa- que rige los procesos y procedimientos de carácter sancionatorio. El procedimiento legislativo no se equipara con el proceso jurisdiccional ni con los procedimientos administrativos o corporativos”¹².

25. El carácter de la limitación de índole formal

Deberá, entonces, determinarse si a lo largo del proceso de elaboración de la ley de reforma del régimen pensionario se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente, lo cual constituiría una afectación a los límites formales impuestos.

Al respecto, conviene acotar que las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional. Las modificaciones del texto constitucional realizadas por los órganos constituidos que se producen fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán nulas e ineficaces.

Es decir,

“(…) en cuanto la validez de una Norma depende de su correspondencia con la forma -y en su caso el contenido- de otra superior, no puede válidamente aplicarse a sí misma. Por lo tanto, las Normas que regulan la reforma, en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables”¹³.

Proscripciones de este tipo se establecen claramente en los ordenamientos constitucionales. Los tribunales constitucionales tienen competencias relacionadas con las reformas constitucionales para evaluar si éstas se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Es decir, la competencia de los órganos de control constitucional se limita a evaluar si se han transgredido los límites formales de la reforma.

De acuerdo a lo expresado en el fundamento 72.a de la Sentencia expedida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, este tipo de límites

“(…) se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental”.

26. El respeto al procedimiento de reforma previsto en el artículo 206 de la Constitución

La Constitución permite al Congreso, como órgano constituido, ejercer la función constituyente derivada, pero con la observancia de las formalidades prescritas para ello en el texto constitucional. Tales son los límites formales de la reforma.

En nuestro país se ha previsto el procedimiento de reforma en el artículo 206 de la Constitución. Queda claro que tal norma no podría ser modificada por el poder constituido, sino, prima facie, por un poder constituyente instituido:

“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

27. La supuesta vulneración del límite formal de la reforma constitucional

A pesar de las argumentaciones vertidas en la demanda y contestación de la demanda, la exposición más consistente sobre las supuestas inconstitucionalidades formales tuvo lugar en el debate suscitado en la Audiencia.

En ella, el representante del Colegio de Abogados de Cusco denunció la existencia de dos supuestas graves vulneraciones en tal procedimiento¹⁴. En primer lugar, que en la promulgación de la ley no consta la firma del Presidente de la República, sino únicamente del Vicepresidente; y, en segundo, que no se solicitó la opinión de sectores involucrados.

28. La firma del Vicepresidente de la República

El apoderado del demandado contradujo el argumento señalando que justamente como el Presidente no podía firmar la ley de reforma constitucional, debió hacerlo el Vicepresidente, según le correspondía por sus atribuciones¹⁵.

La figura de la Vicepresidencia está prevista en el artículo 110 de la Constitución. Y, justamente, sobre el tema de cuándo ejerce funciones, el segundo párrafo del artículo 115 precisa que:

“Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente”.

En el caso concreto, hay que analizar si se presentó tal supuesto. La Resolución Legislativa 28383, dada el 10 de noviembre del 2004, indica que:

“El Congreso de la República, de conformidad con lo prescrito en los artículos 102 inciso 9) y 113 inciso 4) de la Constitución Política, en el artículo 76 inciso j) del Reglamento del Congreso y en la Ley N° 28344, ha resuelto acceder a la petición formulada por el señor Presidente

Constitucional de la República y, en consecuencia, autorizarlo para salir del territorio nacional entre los días 15 al 17 de noviembre del presente año, con el objeto de cumplir actividades de la agenda presidencial internacional en la ciudad de Nueva York, en los Estados Unidos de América”.

Por lo tanto, es correcto que la Ley N° 28390,

“dada en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil cuatro”,

haya sido firmada por David Waisman Rjavinsthi, en su condición de Segundo Vicepresidente de la República, pues en esa fecha el Presidente se encontraba fuera del país. Cabe recordar que el primero de los vicepresidentes renunció a su cargo.

Debe desestimarse, entonces, la existencia de algún vicio formal en la promulgación de la ley de reforma constitucional; más aún si se tiene que, según el propio artículo 206 de la Constitución

“la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República”,

siendo su promulgación un acto meramente declarativo.

29. La falta de opinión de sectores involucrados

Es conveniente rescatar lo que el representante del Colegio de Abogados del Cusco ha señalado al respecto. Sostiene que los pensionistas no fueron convocados a las audiencias referidas a la reforma constitucional, y su posición no fue acompañada en el dictamen de la comisión, por lo que su derecho a la defensa ha sido vulnerado¹⁶.

El demandado, refutando ello, expresó que sí fueron convocados, y que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, siendo inexistente la vulneración de un derecho a la defensa¹⁷.

Este Colegiado ha reconocido que el derecho a la defensa puede ejercerse en procesos distintos a los judiciales, inclusive en los procedimientos parlamentarios de responsabilidad constitucional, si se presenta una controversia de índole jurídica que debe ser resuelta protegiendo los intereses de las personas.

Sin embargo, dentro del íter legislativo, la existencia de derecho a la defensa no puede ser sustentada ni avalada. La idea de la defensa se centra en la capacidad de una de las partes de sostener su posición dentro de un conflicto jurídico, a diferencia de lo que sucede en un procedimiento legislativo, en el que no existe controversia jurídica, sino más bien política. Prima facie, el conflicto parlamentario entre la mayoría y la minoría tiene sus propios mecanismos políticos de autocomposición en la elaboración de las leyes que no han sido infringida.

Es más, según el artículo 206 de la Constitución y el artículo 81, inciso a, del Reglamento del Congreso, no se considera como elemento del procedimiento de reforma constitucional, la intervención de los sectores involucrados dentro de la comisión responsable de la modificación en el Congreso. Ello es así porque el legislador no puede someterse a ningún grupo de presión de la población ni de los medios de comunicación social, según el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, las opiniones especializadas son importantes en un procedimiento de reforma constitucional en el caso que expresen los intereses de un sector de la población. En el caso concreto, habiendo intervenido diversas asociaciones relacionadas con los gremios de pensionistas en los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso antes de la segunda votación del Pleno, no se detecta vicio alguno en el procedimiento de elaboración de la Ley N° 28383.

Como constancia de ello, en la sesión conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social, del 29 de septiembre de 2004, precisamente para tratar el tema de la reforma constitucional, se precisó lo siguiente:

“También contamos con la presencia de los ministros de Estado, el premier Carlos Ferrero Costa; el ministro de Economía, Pedro Pablo Kuczynski; el ministro de Trabajo, Javier Neves Mujica; y también con los representantes de los pensionistas, el señor Jaime Cuadros Cáceres, presidente de la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios, de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, Conadepen; el señor Hernán Espinoza Segovia, presidente de la Central Nacional de Jubilados y Pensionistas del Perú (Cenejupe), quienes han venido además acompañados el doctor Carlos Blancas Bustamante, que es asesor legal de ambas coordinadoras, quienes en nombre de los pensionistas van a poder exponer sus posiciones”¹⁸.

Tal como se puede apreciar, incluso uno de los demandantes tuvo acceso al debate congresal que se produjo para aprobar la norma impugnada. Se concluye, entonces, que se escuchó la opinión de la sociedad civil interesada en la materia.

Por consiguiente, no ha existido afectación alguna del procedimiento de reforma constitucional, de modo que tal actividad parlamentaria fue realizada dentro de los límites formales constitucionalmente establecidos. En tal sentido, la demanda debe declararse infundada respecto a la supuesta afectación del procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

§3. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

30. Según los demandantes, se han afectado derechos fundamentales a través de la reforma pensionaria
Los accionantes aseveran que

“(…) el constituyente ha establecido el derecho fundamental de un grupo determinado de personas pensionistas del D.L. 20530, para que se respeten sus derechos adquiridos al amparo del referido Decreto Ley, de modo tal que al legislador le es vedado restringirlos o negarlos, y estas condiciones no las puede variar ni siquiera un nuevo régimen, con mayor razón, no podrá hacerlo una norma cuyas disposiciones están referidas casualmente a pensionistas de los regímenes mencionados”¹⁹.

De esta forma, y tomando en consideración las consecuencias de esta proscripción, y su configuración como límites materiales de la reforma constitucional, coligen que

“(…) pretender que una ley deje sin efecto el texto mismo de la propia Constitución, máxime si la previsión constitucional afectada está dirigida a reflejar límites materiales expresos, implica en sí mismo desconocer las inherentes garantías que salen en su defensa referidas a la prelación

jerárquica y a la obligación jurisdiccional de velar por la prevalencia constitucional previstas por los artículos 51 y 138 de la Constitución, respectivamente”20.

En conclusión,

“(…) es ilícita la reforma constitucional peyorativa, es decir, aquella que disminuye o suprime los derechos fundamentales, y sólo es válida aquella cuyo objeto es ampliar u optimizar los derechos fundamentales enunciados o reconocer nuevos derechos fundamentales”21.

Sin embargo, una aseveración tan categórica debe ser modulada por este Colegiado según lo que ha venido señalando a través de otras sentencias y a partir de la propia Constitución.

31. Según el demandado, los valores constitucionales se mantienen incólumes

Frente a lo argumentado por los demandantes, el demandado ha sostenido que los límites materiales de la reforma no han sido quebrantados, toda vez que

“(…) no hay ninguna afectación a los principios y valores de la Constitución invocados, propiamente los referidos al supuesto vaciamiento del Estado social y democrático de derecho que inspira nuestro ordenamiento constitucional y la afectación a derechos fundamentales. En esta materia, debe señalarse que los derechos fundamentales se mantienen incólumes y siguen estando allí para todos y cada uno de los señores beneficiarios del régimen de pensiones del D.L. N° 20530; a nadie se le ha privado del derecho, sólo que la nueva regulación ha dispuesto un tratamiento distinto que sigue garantizando la prestación pensionaria de manera permanente y que no es peor o mejor que el anterior”22.

32. La existencia de una limitación de índole material

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina ‘límites materiales’, e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como ‘intangibles’.

Para este Tribunal (parte del fundamento 74 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC), estos límites

“(…) se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma”.

Como se señalara supra, el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano.

Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el ‘contenido fundamental’ existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente.

33. Los límites expresos e implícitos

Existen límites expresos y límites implícitos. A ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución.

Este Colegiado, en el fundamento 76 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, ya ha realizado claramente la distinción entre ambos:

“i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89 de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119 de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183 de la Constitución de 1839, el artículo 142 de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la ‘destrucción’ de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado”.

Dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno. El artículo 32 reconoce la potestad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, pero, como límite expreso reconoce el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales. Dentro de los límites explícitos se encuentran las cláusulas de intangibilidad, que constituyen límites absolutos, aunque existen también límites relativos explícitos.

34. Las cláusulas de intangibilidad

Las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los ‘supuestos ideológicos y valorativos’ en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional.

Pero los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente, (los llamados límites de carácter relativo).

Lo que corresponde en el caso nacional es vincular el sentido de cada uno de los dispositivos constitucionales con el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, pues es éste el que permite interpretar correctamente el reconocimiento de las normas en ella contenidas.

35. La tipología de límites materiales

El carácter constitucional del Estado propicia la necesidad de contar con límites de distinta naturaleza. El sistema de la Constitución no sólo debe permitir detectar un núcleo irreformable en la misma, sino básicamente relativizar dicho límite mediante el conocido procedimiento de ponderación. De inicio se debe establecer la necesidad de contar con una cláusula de intangibilidad, para luego revisar los preceptos protegidos.

El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen 'representativo', para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución.

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho.

36. Los derechos fundamentales como límites a la reforma constitucional pensionaria

Los derechos fundamentales y otros principios constitucionales no pueden modificarse sustancialmente, porque son los que le otorgan la calidad de Estado social y democrático de derecho al Estado peruano. Para afrontar ello existen límites implícitos; así, el artículo 32 in fine, de la Constitución, determina que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas.

Esta norma se erige como una verdadera cláusula de límite material para la potestad de reforma parcial de la Constitución. Esta cuestión es cardinal para esclarecer si la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria y del artículo 103 de la Constitución vulneran el derecho a la pensión.

37. La proscripción de la supresión o disminución de derechos fundamentales

Un punto esencial en la limitación a la reforma constitucional material es la determinación de cuándo estamos ante un derecho fundamental. Por lo tanto, tal como se determinará infra, es necesario establecer, de un lado, qué carácter posee el derecho a la pensión estipulado en el artículo 11 de la Constitución; y de otro, cuál es la verdadera naturaleza normativa de la Primera Disposición Final y Transitoria, que es la que finalmente se ha modificado. Por consiguiente, sólo comprobando que tal disposición recoge un derecho fundamental o que su modificación afecta uno, se podrá afirmar que la reforma constitucional realizada por el Congreso ha sobrepasado sus fronteras.

Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 97 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales”.

De hecho, todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos; en su desarrollo histórico y concreto se han generado conflictos jurídicos -reveladores de la antinomia social sobre tal cuestión-, lo que puede acarrear la necesidad del cambio de su estatuto.

A guisa de ejemplo, véase la historia de la oposición del derecho a la libertad sobre el derecho a la propiedad en la época esclavista, o, más modernamente, del derecho al acceso a la información pública sobre el carácter reservado de las comunicaciones de las autoridades, o el de la intimidad sobre la libertad informática.

38. La correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana

Los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 in fine de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su 'contenido fundamental'. Así, en la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, este Colegiado ha señalado que

“(…) una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”.

Teniendo en cuenta ello, se considera que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma constitucional.

De otro lado, tomando en consideración que el artículo 44 de la Constitución reconoce como un deber fundamental del Estado

“(…) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”,

se debe reconocer el compromiso del Congreso para legislar lealmente sobre la base de la equidad pensionaria, concepto que está íntimamente relacionado con el principio-derecho antes enunciado. En este esquema, la idea de una dignidad pensionaria

“(…) implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”²³.

En consecuencia, al resolver la presente causa, será incontrovertible que este Colegiado utilice el principio de dignidad, incluso en su dimensión de derecho fundamental aplicado a las pensiones, para determinar cómo se ha realizado la reforma constitucional.

39. La imposibilidad de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales

Respecto al artículo 32 in fine de la Constitución, este Colegiado ha señalado, como parte del fundamento 94 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

“(…) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”.

Si bien se ha precisado de manera nominal la existencia de dicho límite, este Colegiado, para el presente caso, determinará con claridad si la reforma constitucional realizada afecta, o no, el derecho fundamental a la pensión. En ese contexto, la restricción será inconstitucional sólo si afecta directa y claramente su contenido esencial.

Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho.

40. La determinación de la supuesta afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La existencia de tal supresión o disminución sólo podrá determinarse en el desarrollo de la presente sentencia. Esto supone que, si del cotejo entre la actual prescripción de la Primera Disposición Final y Transitoria y la pasada, se concluye la afectación al derecho fundamental a la pensión, entonces este Colegiado deberá declarar fundadas las demandas; caso contrario, infundadas.

La Primera Disposición Final y Transitoria, antes de la reforma constitucional, señalaba que

“(…) los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias”.

La Primera Disposición Final y Transitoria constitucional actualmente precisa lo siguiente:

“Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”.

A partir de la compulsación de ambas disposiciones y de la aplicación de un test de razonabilidad a la nueva formulación constitucional, se determinará finalmente si el derecho a la pensión ha sido conculcado. Para ello se utilizarán los principios de unidad y eficacia integradora de la Constitución, los mismos que guardan directa relación con los principios de la economía social de mercado que la rigen.

41. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pensionistas

Finalmente, es imprescindible que este Colegiado insista en la necesidad de una protección objetiva y proporcional de los pensionistas, en su calidad de titulares de los derechos fundamentales.

Debe enfatizarse que su situación particular dentro del constitucionalismo contemporáneo impone a todo intérprete constitucional que su especial situación sea reconocida plenamente.

Al respecto, este Tribunal considera pertinente reproducir el fundamento 21 del Voto Razonado del juez Cançado Trindade en la Sentencia de Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los ‘Niños de la Calle’, del 26 de mayo del 2001, en el cual se expresó que

“(…) es difícil eludir la perturbadora indagación: si todos llegamos a este mundo, y de él partimos, con igual fragilidad, de que da testimonio la mortalidad, propia de la condición humana, ¿por qué nos victimamos unos a los otros durante el tan breve caminar de nuestras vidas? (...) Un mundo que se descuida de sus ancianos no tiene pasado; ya no participa de la herencia de la humanidad. Un mundo que sólo conoce y valoriza el presente efímero y fugaz (y por lo tanto desesperador) no inspira fe ni esperanza. Un mundo que pretende ignorar la precariedad de la condición humana no inspira confianza. Trátase de un mundo que ya perdió de vista la dimensión temporal de la existencia humana. Trátase de un mundo que desconoce la perspectiva intergeneracional, o sea, los deberes que cada uno tiene en relación tanto con los que ya recorrieron el camino de sus vidas (nuestros antepasados) como los que todavía están por hacerlo (nuestros descendientes). Trátase de un mundo en que cada uno sobrevive en medio a una completa desintegración espiritual. Trátase de un mundo que se ha simplemente deshumanizado, y que hoy necesita con urgencia despertar para los verdaderos valores”.

Consideramos, por ello, un imperativo constitucional el que a través de la presente sentencia se configure objetiva y proporcionalmente el derecho a la pensión de aquellas personas que trabajaron para el Estado y aportaron durante su vida laboral, con el objeto de que, llegada su tercera edad, gocen razonablemente de una vida digna.

C. EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

42. El reconocimiento del Estado social y democrático de derecho

El Tribunal Constitucional ha precisado que cuando el artículo 43 de la Constitución reconoce que

“la República del Perú es democrática (...) y social”

configura al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho, tal como lo ha reconocido este Colegiado en diversa jurisprudencia, entre la cual se puede citar el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Decreto de Urgencia, y el fundamento 1 de la Sentencia del Expediente 0048-2004-AI/TC, Caso José Miguel Morales Dasso, Sobre Ley de Regalía Minera. La configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho es el marco al cual debe ajustarse el desarrollo del derecho a la pensión.

Los principios jurídicos de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución impiden que tal reconocimiento sea concebido como un canon interpretativo meramente político y, en tanto tal, carente de consecuencias jurídicas.

Por el contrario, en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales.

43. Las garantías sociales en favor del pensionista

Al referirse a la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, el constituyente derivado, en la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se ha remitido a

“razones de interés social”,

lo cual importa la relevancia de aplicar al derecho a la pensión los contenidos propios de un Estado democrático y social de derecho.

Esta fórmula política es la concreción de una evolución histórica, representada por el tránsito de un Estado liberal abstencionista y básicamente garantista de la autonomía individual, a un Estado comprometido con la promoción del bienestar general, donde la seguridad social aparece como una garantía institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión. De esta manera, la visión netamente formal de los valores de libertad e igualdad incorpora, en su substrato más íntimo, un contenido material orientado hacia la real consolidación de la libertad pero con justicia social. Por tal razón, la reforma, para que se considere constitucional, debe necesariamente contener una base de justicia social, que no puede ser eludida.

En tal sentido, el Estado social y democrático de derecho no excluye, ni menos aún desconoce, las garantías del libre desarrollo de la personalidad en los distintos ámbitos y etapas de la vida, sean políticos, sociales, económicos o culturales. En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas.

Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente.

44. El ámbito social de la reforma constitucional del derecho a la pensión

Sobre la base de la configuración político-constitucional del derecho a la pensión estudiada, corresponde determinar cuál es su substrato económico-constitucional.

El artículo 58 de la Constitución reconoce que el orden económico se fundamenta en una economía social de mercado, que no es sino la economía ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de libertad y justicia social. En consecuencia, tal como este Tribunal declara, como parte del fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC,

“(…) el Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real”.

La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por tres elementos:

- ‘Bienestar social’, lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable).
- ‘Mercado libre’, el mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.
- ‘Estado subsidiario y solidario’, que importa que se reconozca la existencia de una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social.

En consecuencia, el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Ley N° 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social.

Esta cuestión, por lo demás, está prevista, de acuerdo al criterio de progresividad, por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

“(…) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional”.

Así pues, no es posible olvidar que si la economía social implica, entre otros factores, una racionalización del gasto público en la legislación social en favor de los más desamparados (ancianos, enfermos, niños y minusválidos, como en cierta forma lo reconoce el artículo 4 de la Constitución), no será facultad, sino deber del Estado, remover todos los obstáculos jurídico-constitucionales que impiden efectivizar dichas medidas. Éste es el sentido que hace de la reforma constitucional del sistema pensionario un mandato constituyente fundado en el modelo económico constitucional.

45. El reconocimiento de los principios sociales que sustentan el derecho a la pensión

En el caso planteado, ninguna de las partes toman distancia de los criterios esbozados; por el contrario, coinciden con ellos. Sucede, sin embargo, que mientras los demandantes consideran que las disposiciones constitucionales existentes antes de la reforma, resultaban en mayor grado compatibles con los principios y valores del Estado social y democrático de derecho que las disposiciones vigentes luego de ella, el Congreso de la República opina lo contrario.

Dicho de otro modo, los demandantes consideran que estamos ante una reforma peyorativa, pues la seguridad social, prevista en el artículo 10 de la Constitución, y, de modo más concreto, el derecho a la pensión, reconocido por el artículo 11 de la Carta Fundamental, han sido disminuidos en su contenido esencial. Todo ello, a decir de los demandantes, revela un quebrantamiento del límite material al poder de reforma constitucional, previsto en el último párrafo del artículo 32 de la Constitución. Sin embargo, como ya se ha establecido, la cuestión constitucional no es que el derecho a la pensión sea un derecho absoluto, sino que, siendo un derecho relativo, la reforma constitucional que lo modifique no infrinja su contenido esencial, y; en todo caso, que dicha intervención del poder constituyente instituido a través de la reforma constitucional, esté implementada razonablemente por el Congreso.

Así las cosas, la decisión que adopte el Tribunal Constitucional debe tener como soporte los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso, y la escrupulosa ponderación de la capacidad económica de la nación.

46. El principio-derecho de la dignidad humana respecto a la pensión
El artículo 1 de la Constitución establece que

“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

La dignidad humana, tal como se ha precisado supra, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general.

Siendo así, la persona humana es el soporte del orden político y la paz social, de ahí que

“(…) requiere una especial tutela por parte del Ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y (...) su efectiva vigencia”²⁴.

El Tribunal Constitucional, como parte del fundamento 161 de la Sentencia del Expediente N° 0010-2002-AI/TC, Caso Marcelino Tineo Silva, Sobre los Decretos Leyes de Terrorismo, ha señalado que la dignidad humana se configura como

“(…) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.

La seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna.

Por tal razón, una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana. De tal forma, pues, se infiere la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria.

47. El principio-derecho de igualdad respecto a la pensión

La igualdad, prevista en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector tanto de la organización del Estado social y democrático de derecho, como de la actuación de los poderes públicos.

La aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento diferenciado. Es decir, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato fundada en bases objetivas y razonables.

Este Colegiado ha remarcado en su jurisprudencia, entre la que se puede citar el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0003-2003-AI, Caso Colegio de Notarios de Lima, Callao y Arequipa, Sobre Inscripción Registral de Inmuebles, y el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI, que

“(…) el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.

Desde tal perspectiva, en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes impugnadas, este Tribunal deberá apreciar si el legislador pretende corregir, con medidas razonables y proporcionales, situaciones sociales de desigualdad, o si, acaso, las medidas dictadas han sido consecuencia de nuevas situaciones discriminatorias. El criterio de evaluación para ello será el del beneficio de todas las personas que reciben pensión, y no exclusivamente el de los que están adscritos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

Sobre el particular, debe tenerse presente que, en la medida que el régimen pensionario de dicha norma especial fue creado por el legislador ordinario de facto, pero incorporado en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 -y en el pasado, por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979-, tiene la calidad de derecho de configuración legal.

Debe enfatizarse que el constituyente derivado goza de un margen más o menos amplio de discreción para configurar las nuevas posiciones subjetivas exigibles en materia de seguridad social. No obstante, el respeto al principio de igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social, conforme a lo señalado por el artículo 10 de la Constitución; asimismo, el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad.

48. El principio de solidaridad respecto a la pensión

Este principio, derivado directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario.

En tal sentido, conforme ha señalado este Tribunal en el fundamento 16 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA, Caso Azanca Alhelí Meza García, Sobre Paciente de VIH/SIDA,

“(…) la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial”. Por ello, al principio de solidaridad son inherentes, de un lado, “el deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común”, y de otro, “el deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.

Nuestra Constitución Política recoge en sus normas disposiciones referidas a la solidaridad, estatuyendo que es de ~~ber~~ primordial del Estado promover el bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); que la economía social de mercado es en sí misma la superación de la visión reduccionista de las relaciones entre los hombres como intercambio de cosas (artículo 58); y que la educación prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad (artículo 14).

Este Tribunal, en el fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI, Caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano, Sobre Constitución del Comité Especial Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, ha resaltado la especial vinculación existente entre la seguridad social y el principio in comento:

“Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido”.

Por tal razón, dentro del universo de los titulares del derecho a la pensión del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, es plenamente constitucional que estén vinculados por el principio de solidaridad, correspondiente a un Estado social y democrático de derecho, lo cual supone la asunción de los fines comunitaristas de la seguridad social y el derecho a la pensión, en el marco de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

49.- El principio de progresividad respecto a la pensión

Es indudable que la efectividad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha precisado, en su Observación General N° 3, que ello no implica desconocer que dicho principio

“(…) debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”25.

El principio de progresividad implica que, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos,

“(…) los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales culturales vigentes”26.

Esta disposición internacional, si bien no constituye un mandato vinculante para el Estado, dado su carácter de derecho débil -soft law-, permite interpretar razonablemente, a la luz del principio del paralelismo jurídico de las formas, que el principio de progresividad no es absoluto.

Debe tenerse presente, por otro lado, que se trata de un principio netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional per se. Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estará afectado.

Por ello, no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos.

50.- El principio de equilibrio presupuestal respecto a la pensión

Constitucionalmente se ha previsto, como parte del artículo 78, que todo presupuesto del Estado debe contar con un equilibrio financiero que permita que la progresividad antes enunciada sea real y no ficticia, respecto a un grupo limitado de personas, como ocurre con los beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Por ello, cuando en el artículo 87 de la Carta Magna se prescribe que se fomenta y garantiza el ahorro, se está condicionando incluso la actividad del propio Estado, puesto que no se trata de un ahorro simplemente particular, según un análisis microeconómico, sino también de uno que, a través de los instrumentos macroeconómicos, redunde en el presupuesto público.

Es decir, el Estado debe, al momento de sufragar los costes del pago de una pensión, observar el principio del equilibrio en su presupuesto. Este Colegiado, en el fundamento 7.d de la Sentencia del Expediente N° 0004-2004-CC, Caso Poder Judicial, Sobre Postulación del Presupuesto Público, ha sostenido que un fin de esta actividad presupuestal es

“(…) interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común”.

Respecto al punto antes desarrollado, el Congreso de la República, entre otras consideraciones, ha acudido a razones de orden económico para justificar la aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Así, ha precisado que

“(…) una de las características que ha acompañado este régimen durante toda su existencia es el déficit, dado que las aportaciones de los trabajadores nunca han sido suficientes para sostener los beneficios que el pensionista y sus sobrevivientes perciben; lo que ha conllevado a recurrir a los recursos públicos para financiar los beneficios otorgados”²⁷.

Es pertinente enfatizar, entonces, que las consideraciones de tipo económico no resultan impertinentes en sí mismas para sustentar la elaboración de leyes, sean éstas ordinarias o de reforma constitucional.

De otro lado, el tema del ahorro público es uno de los que más incidencia ha tenido para decidir la reforma constitucional. En cuanto a ello, en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ya reformada se ha señalado que

“(…) el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley… Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera (…)”.

En efecto, en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificada con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y en los principios que lo informan, no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional.

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

5.1. Según un demandante, se ha afectado la intangibilidad de la seguridad social

Para uno de los demandantes, la seguridad social posee

“(…) tres aspectos fundamentales: la liberación de la necesidad como objetivo general; la garantía de seguridad económica a todos los miembros de la comunidad para el acceso a una vida digna; y la amplitud de instrumentos aplicables a este fin, con preferencia por los seguros sociales y la asistencia social”²⁸.

Es decir, no considera posible que se le reconozca un ámbito reducido, o que se termine afectando su contenido esencial, tal como habría sucedido con la reforma constitucional.

Es así como llega a afirmar que

“(…) la citada norma no está respetando los derechos adquiridos de los cesantes y jubilados, toda vez que, tal como se desprende del espíritu de las normas pensionarias y de la propia Constitución, la misma está orientada a la protección de la persona humana como sujeto de derecho a una vida digna, que le permita cubrir posteriormente a su muerte la orfandad de la familia y/o la de su cónyuge supérstite”²⁹.

52. Según el demandado, no existe afectación a la seguridad social

De manera genérica, el demandado ha señalado que no existe afectación a la seguridad social en el procedimiento de reforma constitucional realizado, precisando que

“(…) se requiere garantizar la existencia de prestaciones y de fondos que las provean para el curso de los próximos años, lo que sólo puede concretarse a través de una administración que pondere las necesidades de los actuales y futuros beneficiarios y los recursos con que se cuenta para el logro de sus fines. Éste es uno de los fundamentos de la reforma constitucional al proteger la subsistencia del sistema, de tal forma que la reforma es parte del desarrollo de la Seguridad Social en su conjunto; no hacerlo significa poner en riesgo todo el Sistema de Pensiones en el Perú”³⁰.

Tal afirmación se encuentra en conexión directa con el hecho de que la seguridad social aparece constitucionalmente con el sustento del derecho a la pensión, tal como corresponde, ahora, explicar.

53. La pensión y la seguridad social constitucionalmente reconocidas

El artículo 10 de la Constitución reconoce

“(…) el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Sobre el particular, y de modo más concreto, el artículo 11 de la Constitución, estipula que

“(…) el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privados o mixtas”.

Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de derecho.

Pero, ¿qué es en estricto una garantía institucional?

Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones. Es decir,

“(…) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional”³¹.

De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.

54. La seguridad social como garantía institucional

La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida'.

En otras palabras, como ha expresado este Tribunal en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC,

“(…) la seguridad social (…) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad”.

Esta ineludible vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio aplicable al contexto constitucional peruano, mutatis mutandis, ha señalado en el fundamento 3 de la Sentencia 37/1994, que la seguridad social es una garantía institucional

“(…) cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

En consecuencia, como garantía institucional que la Constitución reconoce, la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.

55. Configuración de la seguridad social

Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido.

Para este Colegiado, dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado supra, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.

56. Las obligaciones estatales respecto a la pensión a partir de su consideración como derecho social

Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón,

“(…) sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución”³².

Por ello, el derecho a la pensión constituye una manifestación –no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Por lo tanto, como lo ha sostenido también este Tribunal, los derechos fundamentales prestacionales no pueden ser considerados como simples emanaciones de normas programáticas, si con ello pretende describirse como atributos diferidos carentes de toda exigibilidad en el plano jurisdiccional, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para la real vigencia de otros derechos fundamentales, y, en última instancia, para la defensa misma de la persona humana y el respeto de su dignidad. En esta línea, el derecho a la pensión debe asumir todas las cualidades provenientes de su naturaleza social.

Entonces, no es ilógico que en el fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC este Colegiado haya expresado que

“(…) de este modo [por ejemplo] sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente (...) En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí”.

Consecuentemente, en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.

Atendiendo ello, la reforma constitucional pensionaria del régimen del Decreto Ley N° 20530 resulta plenamente constitucional, en la medida que procura asegurar un eficiente sistema de seguridad social y un derecho a la pensión justo.

§3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN

57. Según los demandantes, el nuevo régimen pensionario no se sustenta en el valor de la justicia Uno de los demandantes sostiene que

“(…) la afectación de esos derechos sociales individuales o subjetivos implica, coetánea e inseparablemente, la vulneración del principio del Estado Social de Derecho, el mismo que forma parte de la ‘fórmula política’ de la Constitución y, en tanto tal, ajena a al competencia del legislador ordinario para la reforma constitucional”³³.

58. Según el demandado, la reforma era necesaria por razón de justicia
En efecto, el demandado alega que

“(…) el objetivo principal del sistema pensionario es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas sino también se refiere a la razonabilidad en el monto percibido. Cuando las altas pensiones de unos impiden a otros alcanzar pensiones razonables se está contrariando el principio fundamental de existencia del sistema pensionario del Estado, por lo tanto, estas normas debían reformarse o modificarse”. Entonces, “era necesario restablecer el tratamiento igualitario de los regímenes pensionarios, toda vez que existe una manifiesta iniquidad que se evidencia en las diferencias existentes entre el régimen del D.L. N° 20530 y otros regímenes que dependen, en mayor o menor medida, de recursos públicos provenientes de los impuestos que pagan todos los peruanos”³⁴.

Evidentemente, asevera que sólo a través de la reforma de la Constitución, el sistema pensionario cumpliría finalmente los fines que siempre ha estado destinado a cumplir.

59. La justicia distributiva como elemento inherente a la equidad

Se ha mencionado supra que el principio de solidaridad se encuentra particularmente identificado con el sistema de seguridad social, pues el aporte de los trabajadores activos sirve de sustento al otorgamiento de las pensiones de los trabajadores retirados. Sin embargo, ésta no debe ser sino una de las diversas manifestaciones que dicho principio debe proyectar al interior del sistema.

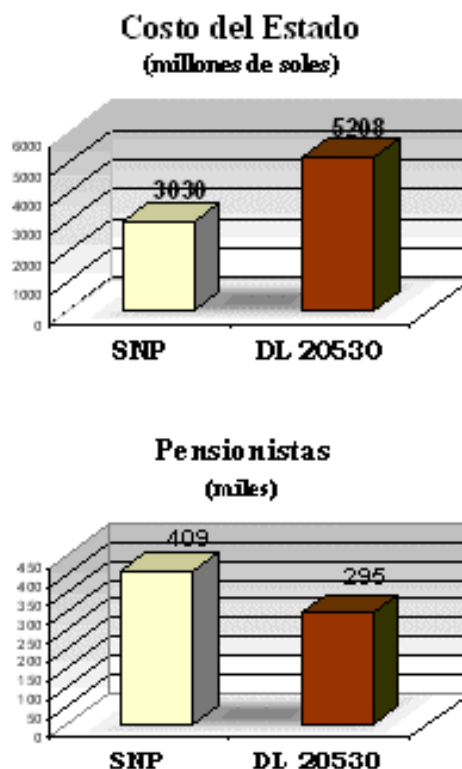
En efecto, si bien es cierto que la variedad de los regímenes pensionarios existentes en nuestra legislación impide que exista un tratamiento objetivamente uniforme para todas las personas pertenecientes al sistema de seguridad social (aunque, por el principio de igualdad la legislación debe procurar que tienda a unificarse), también lo es que, constitucionalmente, sí se puede establecer una homologación interna. Esto, desde luego, no implica que todos los pensionistas de determinado régimen sean titulares de un monto de pensión único, pues éste depende, entre otros factores, del aporte individual que cada persona efectúa al sistema, pero exige que no exista una distancia marcadamente inequitativa entre dichos montos, que esté desprovista de razonabilidad y proporcionalidad.

60. La equidad en términos económicos

Según un informe presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Ministerio de Economía y Finanzas, la pensión más alta del régimen del Decreto Ley N° 20530 es veintiséis veces mayor que la más baja³⁵. Obviamente, la ausencia de equidad al interior del régimen es manifiesta.

Este Tribunal, en un pronunciamiento anterior, ha declarado que el referido régimen previsional es un sistema inherentemente desfinanciado, pues, en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben (ver Gráfico N° 1).

Gráfico N° 1
Costo Anual del Decreto Ley N° 20530 y pensionistas
(Hasta finales del año 2003)



Fuente : ONP / MEF
Elaboración : DGAES-MEF

En los fundamentos 31 y 32 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Fondo para la Asistencia Previsional, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

“En efecto, durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003), la tasa de aporte al régimen del D.L. N° 20530 fue de 6% (sólo recientemente, a partir del mes de agosto de 2003, fue incrementada a 13%), factor que, obviamente, determina su inviabilidad, más aún si se toma en cuenta que fue en el año 1982 en que entró en vigencia la Ley N° 23495 que, en desarrollo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, permitió la nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores del sector público de las respectivas categorías.

De acuerdo a la información enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitud de este Tribunal Constitucional, respecto de la relación de los altos funcionarios beneficiarios del Decreto Ley N° 20530, el informe ‘Marco Macroeconómico Multianual 2004-2006 revisado’ publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de agosto de 2003), y a la información de conocimiento público proporcionada por el mismo Ministerio, publicada en www.proyecto20530.gob.pe, ‘[s]e estima que, bajo condiciones optimistas, el valor de los aportes al sistema entre 1974 y 2003 apenas alcanza US\$ 10,147 millones, en comparación con los US\$ 36,950 millones que fueron pagados en el mismo período. A futuro, se estima que sólo se recaudarán US\$ 149 millones en aportes, mientras que se tendrán que pagar pensiones por US\$ 24,564 millones.

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de recursos públicos, provenientes de los impuestos que pagamos todos los peruanos. Así, el costo del DL 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública. En tal sentido, recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios como la salud, la educación y la infraestructura básica, deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas, que apenas representan el 2.5% de la PEA del país...

El costo anual para el Estado del régimen del DL 20530 asciende a S/ 5,206 millones. Este monto es financiado en gran medida a través de los impuestos, tasas y arbitrios pagados por la ciudadanía y es destinado a financiar los beneficios de 295 mil pensionistas de este sistema... Se estima que -para que una persona se jubile con una pensión equivalente al 100% de su sueldo, que luego sea transferida en su totalidad a su viuda de manera vitalicia, con sólo treinta años de servicios- se requeriría una tasa de aportes de equilibrio de, por lo menos, 38%, para que no requiera subsidio del Estado. Más aún si se considera que, al no existir edad mínima de jubilación y sólo requisitos de lapso de tiempo y de aportación en los cuales se incluye hasta los años de estudio para acceder a pensión nivelable, normalmente los pensionistas se han jubilado a una edad muy temprana, lo que tiende a alargar el período de pago de pensión”.

61. La limitación constitucional de la nivelación pensionaria

Luego de efectuada la reforma, la Primera Disposición Final y Transitoria enuncia ahora lo siguiente:

“Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria... Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de... no nivelación”.

Corresponde, entonces, precisar qué se entiende por nivelación y qué concepto de equidad subyace a este enunciado normativo, a la luz del carácter social del derecho a la pensión.

Debe señalarse, además, que según la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reformada,

“(...) la ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria”.

62. La contraposición de argumentos respecto a la nivelación de pensiones

Este tema está en correspondencia directa con el principio de solidaridad antes mencionado. Los demandantes han tratado de argumentar la existencia de una afectación a través de la reforma constitucional. Uno de ellos afirma que

“(...) la Nivelación de Pensiones como hecho jurídico, tuvo un solo momento de configuración y a la vez su norma de creación posee un supuesto de hecho normativo ya cumplido pues, por un lado, la referida configuración del derecho se da a la entrada en vigencia de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979 y, por otro, el cumplimiento del supuesto de hecho normativo se dio cuando los beneficiarios del Régimen del Decreto Ley N° 20530 cumplieron con los requisitos para acceder a la Nivelación de Pensiones, esto es: a) Ser miembro del Decreto Ley N° 20530, y; b) Tener más de 20 años de servicios al Estado, situaciones éstas que antes de entrada en vigencia la Ley de Reforma Constitucional N° 28389... ya se había consolidado totalmente para aquellos trabajadores y pensionistas que cumplieron -según cada caso- con laborar 20 o más años a favor del Estado y en consecuencia para ellos no existen ‘hechos aun no cumplidos’”36.

Otro defiende el impedimento de nivelación prescrito por la nueva Primera Disposición Final y Transitoria, al señalar que

“(...) la prohibición de nivelar las pensiones se encuentra dada de manera amplia y general, es decir, para todos los pensionistas, sin distinguir su capacidad adquisitiva, los años de servicio, la edad, etc., entonces, encontramos que la regla técnica de identificación de una adecuada aplicación del principio de igualdad se rompe, ya que la ley propugna tratar igual a los desiguales, es decir, sin tomar en consideración las diferencias objetivas existentes entre los mismos”37.

A su turno, el demandado sostiene que

“(...) la reforma constitucional ha sustituido la nivelación por la regla general de incremento que se aplica para otros pensionistas, tanto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 para quienes tienen derecho a pensión no nivelable como en el régimen del Decreto Ley N° 19990. Se trata entonces de un cambio en el mecanismo de ajuste de la pensión, que en la demanda se califica como perjudicial no por razones estrictamente jurídicas, sino por razones de experiencia práctica, pues ha permitido a un grupo de pensionistas acceder a altas pensiones”38.

63. La evolución del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530

A fin de determinar el verdadero carácter de la nivelación, es necesario revisar su evolución histórica como prescripción integrante del Decreto Ley N° 20530, y el régimen pensionario en él estatuido.

Sobre este tema, este Colegiado tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión de la Sentencia del Expediente N° 0189-2002-AA/TC, Carlos Maldonado Duarte, Sobre Pensión Nivelable. En tal sentido, se expuso en los fundamentos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 11, que

“La Ley de Goces de 1850 constituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que se promulgó el Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley N° 13724 -Ley del Seguro Social del Empleado- que dispuso, entre otros aspectos, que quedaban incorporados en el Seguro de Pensiones creado por dicha Ley, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. Con esta Ley, además de unificarse el régimen pensionario de los empleados particulares y públicos, virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario, salvo aquellos que hubieran optado por el nuevo”.

Por su parte, y respecto del Decreto Ley N° 20530, que éste “fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío -Ley de Goces-, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante, en diversas ocasiones fue abierto por ley; una de ellas... por la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985”, con lo que “aún cuando el régimen creado por este Decreto Ley, inicialmente era cerrado, a través de diferentes Leyes se ha ampliado su alcance. Así por ejemplo, mediante el Decreto Ley N° 22150, de 25 de abril de 1978, que fuera Ley de la Carrera Diplomática, se permitió que los diplomáticos se incorporasen, sin excepción, en dicho régimen. Del mismo modo, con la Ley N° 24029, de 12 de diciembre de 1984, se incorpora al profesorado al régimen del Decreto Ley N° 20530, precisándose en el reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-90-ED, que dicha incorporación correspondía a los que ingresaron al servicio oficial como nombrados o contratados, hasta el 31 de diciembre de 1980; igualmente, mediante la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985, se abre el sistema para todos aquellos que al 24 de febrero de 1974 (fecha de dación del Decreto Ley N° 20530) contaban con 7 o más años de servicios y continuaban haciéndolo de manera ininterrumpida. Luego, de igual forma, mediante Ley N° 25273, de 16 de julio de 1990, se incorporó al régimen del propio Decreto Ley N° 20530 a los servidores comprendidos en la ‘Ley de Goces’ de 1850 y que a la fecha (16 de julio de 1990) se encontrasen laborando, sin solución de continuidad, en las empresas estatales de derecho público o privado”. Igualmente se hizo referencia en su oportunidad a que “el sistema pensionario creado por el Decreto Ley N° 20530 está abierto por la Ley Orgánica del Poder Judicial a favor de los magistrados que cumplan diez años de servicios”.

En ese mismo orden de ideas, quedó establecido que “la Ley N° 25066 del 25 de junio de 1989 establece en su artículo 27 que los funcionarios y servidores públicos que hubiesen estado laborando para el Estado en condición de nombrados o contratados a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones de dicho Decreto Ley, siempre que, a la fecha de su entrada en vigencia se encontrasen prestando servicios al Estado dentro de los alcances de la Ley N° 11377 y del Decreto Legislativo N° 276. Se agrega que el aporte correspondiente al Fondo de Pensiones, se determinará previa deducción de pensiones de lo efectuado al régimen del Decreto Ley N° 19990, como lo establece la Séptima Disposición Transitoria del mismo”, mientras que “con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Ley N° 13724) y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N° 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En consecuencia, el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces”.

- Por su parte, “el artículo 1 de la mencionada Ley N° 24366, del 21 de noviembre de 1985, al declarar que “Los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, contaban con siete o más años de servicios, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, establecido por dicho Decreto Ley, siempre que hubieran venido trabajando ininterrumpidamente al servicio del Estado”, abre una nueva vía de acceso al régimen del Decreto Ley N° 20530”.

- Finalmente, y en lo que respecta al reconocimiento del tiempo de servicios “debe tenerse en cuenta, además, que se debe laborar para el Estado la jornada mínima de trabajo, y que a aquellos servidores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, que hubieren incorporado a su patrimonio derechos adquiridos provenientes del artículo 41 del Decreto Ley N° 20530 o de las Leyes N° 24156 o 25171, normas ya derogadas, se les computa de abono hasta cuatro (4) años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos en caso de hombres y doce y medio en caso de mujeres. Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41 del Decreto Ley N° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince o doce y medio años según sea el caso. En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta”.

Éste es, pues, un breve resumen de la legislación histórica del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530, así como de las modificaciones sucesivas de que fue objeto, y que en algunas oportunidades desvirtuaron el régimen inicial y extendieron sus alcances a situaciones anteriormente no previstas en él. También queda claro que la nivelación pensionaria no es una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, sino que fue agregada con posterioridad a su creación.

Se puede apreciar, también, que los pensionistas sujetos al Decreto Ley N° 20530 se encuentran, incluso, en una situación más favorecida que la de un grupo humano tan vulnerable como los mineros en el país. Justamente, la Ley N° 25009, Ley de jubilación de trabajadores mineros, señala en su artículo 1 que

“(…) los trabajadores que laboren en minas subterráneas o los que realicen labores directamente extractivas en las minas a tajo abierto tienen derecho a percibir pensión de jubilación a los cuarenticinco (45) y cincuenta (50) años de edad, respectivamente (...)”,

situación que demuestra palmariamente la inequidad del Decreto Ley N° 20530, en el cual inclusive un trabajador puede jubilarse antes de los cuarenta años. Evidentemente, los trabajadores sujetos a la Ley N° 25009 están sometidos a un régimen pensionario más gravoso y inequitativo que el previsto en el Decreto Ley N° 20530.

64. La nivelación pensionaria como concreción de una inequidad pensionaria

El sistema de nivelación previsto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, hartamente ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista. Dicha nivelación sólo podría pervivir basándose en la justicia distributiva, como manifestación concreta del principio de solidaridad, de manera tal que determinado quantum de las pensiones más altas del régimen, pueda aumentar las más bajas.

Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría). Esto configura una parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, según como se explica infra.

La aplicación del principio de utilidad a la articulación de instituciones sociales permite afirmar que

“(…) no hay en principio razón alguna para que las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las menores pérdidas de los otros… Desde el punto de vista de la utilidad, el carácter estricto de las nociones de justicia de sentido común tiene cierta utilidad”³⁹.

Como se ha manifestado precedentemente, el concepto de progresividad es uno netamente objetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado, debe hacerse considerando a un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. Pero, tampoco pueden desconocerse, como lo haría una interpretación utilitarista del bien común, más bien propia del Estado liberal, los derechos pensionarios de la minoría beneficiada; por cuanto ella accedió a dichas pensiones no por voluntad individual, sino por mandato del legislador. En consecuencia, cualquier modificación a dicho régimen privilegiado de pensiones sólo puede ser promovido invocando el principio de solidaridad, en el que no se anula el derecho de la minoría, sino que se le redimensiona limitadamente.

65. La nivelación pensionaria como abuso del derecho
Sobre la base del artículo 103 de la Constitución, según el cual no se

“(…) ampara el abuso del derecho (…)”,

cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de ‘cédula viva’.

Este Colegiado no puede ni debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión.

66. La solidaridad como sustento del derecho a la pensión

El valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social. Tiene su ámbito de actuación propio que explica derechos como los referidos al medio ambiente, así como a los derechos económicos, sociales y culturales. En la sentencia dictada en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, este Colegiado declara que

“(…) de manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad”.

En el marco del Estado social y democrático de derecho, el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del ‘otro’, frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada.

En torno a ello, se acota que

“(…) el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el ‘yo’ quiere que también el ‘tú’ sea libre, porque ve en él su igual”⁴⁰.

En el caso, la ley de reforma impugnada no somete el derecho a la pensión a un concepto de bien común, pues, al ser ambos bienes constitucionales, deben realizarse y optimizarse en el conjunto de valores -tales como la igualdad y la solidaridad- e instituciones objetivas del Estado social y democrático de derecho.

El reconocimiento de la solidaridad supone que

“(…) este tipo de derechos choca, para su eficacia plena, con la barrera de la escasez”. La solución que se dé a este problema, es de vital importancia en la medida que “de esta forma se evitará la crisis del Estado social, que se genera por demandas excesivas de titulares de este derecho y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis fiscal del Estado, producido por su financiación”⁴¹.

67. Justicia e igualdad en la pensión

El derecho a la pensión se funda también en el valor de igualdad, que tiene como objetivo la protección de un colectivo concreto, el de los pensionistas, que por determinadas razones de edad, sexo o situaciones sociales, físicas, económicas, se encuentra en una situación de desventaja que es necesario compensar en el marco del Estado social y democrático de Derecho configurado por nuestra Constitución.

El derecho a la pensión, como expresión del valor de igualdad, utiliza la técnica de la equiparación desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, desde el punto de vista de los medios empleados; es decir, de tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de personas que no están incluidas y no son titulares de este derecho.

68. La pensión como medida de ‘igualación positiva’

El Estado social y democrático de derecho promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables. Esto es lo que en la doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva -affirmative action-. Su finalidad no es otra que compensar jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos, así como a sus viudas y huérfanos. La reforma constitucional procura que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

No obstante, no se puede negar que es también un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas.

69. Las consecuencias de este reconocimiento

Por el modo como se encuentra configurada la seguridad social y el derecho a la pensión, en la actualidad coexisten varios sistemas que procuran el ejercicio adecuado de tal derecho. Esto es lo que constitucionalmente se reconoce como régimen especial. Sin embargo, su tratamiento también está concurrentemente regido por los principios de justicia e igualdad.

En el sector público existen básicamente dos regímenes claramente establecidos. Uno es el del Decreto Ley N° 20530, y otro el del Decreto Ley N° 19990. Con las modificaciones constitucionales realizadas, las desigualdades entre ambos se aminoran. Empero, si es el mismo derecho el que subsume ambos regímenes, el Estado debe procurar la asimilación de ambos sistemas, según las consideraciones expuestas.

El artículo 11 de la Constitución reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Al respecto, los demandantes han señalado que la reforma constitucional

“(…) sólo se les da la opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, efectuándose así violación al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, entre otras garantías”⁴².

Debe recordarse que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social.

D. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL

70. Según los demandantes, la seguridad social es un derecho humano

Los accionantes consideran que la seguridad social y la pensión deben ser consideradas como verdaderos derechos humanos; así, aducen que

“(…) la seguridad social es considerada no sólo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un derecho humano fundamental. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú”⁴³.

71. El sentido de la pensión como derecho humano

Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

Por ello, regulan la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos. La noción de derechos humanos en sí misma está sujeta de manera permanente a la tentación de manipularla. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, considera conveniente realizar una aproximación al tema desde la dogmática constitucional que permita su comprensión.

Sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad. Estos principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales planteados en la Constitución, que a su vez son resultado de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada, cuya plasmación normativa se encuentra en el derecho positivo. Mas, esta formulación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una positivización formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de positivización, así como de las técnicas de su protección y garantía.

72. El derecho a la pensión: de derechos humanos a derechos fundamentales

La necesidad de la delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, es de suma importancia dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho. El intérprete constitucional se encuentra obligado a participar de la tarea siempre abierta de profundizar en el estatuto jurídico y las garantías que comprenden los derechos fundamentales, que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación.

Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica. Éste es el sentido correcto en el cual debe concebirse el derecho a la pensión.

En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

“(…) designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”⁴⁴.

La pensión también se plasma como exigencia de la dignidad humana, y por ello se encuentra garantizada normativamente. Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradian las relaciones inter privados -eficacia horizontal-.

En esencia, se supone que son derechos fundamentales

“(…) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”⁴⁵.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encerrando en sí mismos una aspiración, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio.

73. La naturaleza del derecho fundamental a la pensión

La definición de la pensión como derecho fundamental, y no como derecho humano, nos permite abordar su naturaleza como derecho incorporado al ordenamiento constitucional. Su positivización dará lugar a la formación de una regla jurídica, conforme a la cual su formulación normativa se regirá por el principio de validez de nuestro ordenamiento constitucional.

El artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.

74. La pensión como derecho fundamental a la 'procura existencial'

Los demandantes, respecto a la prohibición de nivelación de las pensiones con las remuneraciones, señalan que

“(…) esta prohibición equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530”⁴⁶.

Este Colegiado considera que la garantía prescrita en el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria anterior a la Ley de Reforma N° 28889, carece de la dimensión axiológico-objetiva de los derechos fundamentales. A diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la Primera Disposición Final y Transitoria sólo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental, lo cual acarrea diferentes consecuencias jurídicas, según se revisará infra.

El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.

75. El triple contenido del derecho fundamental a la pensión

Frente a la clásica dualidad de contenidos de los derechos fundamentales, se impone como conveniente utilizar una nueva estructura, compuesta por tres elementos diferenciados.

Así,

“(…) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”⁴⁷.

Independientemente de la configuración del contenido esencial, que recién será desarrollada infra (fundamento 107), y que será la base para el control de los límites materiales de las reformas constitucionales, debe irse delineando la naturaleza de los contenidos no esenciales y de los contenidos adicionales, fórmulas ambas de expresión del contenido accidental del derecho fundamental a la pensión.

El contenido no esencial está compuesto por los topes y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación). Sólo adquirirá relieve si reconoce otros bienes o derechos fundamentales en juego, como el derecho a la pensión de los que no pertenecen al régimen del Decreto Ley N° 20530 (artículo 11 de la Constitución) así como la protección de la seguridad social de todos los peruanos (artículo 10 de la Constitución). Asimismo, debe posibilitar la existencia de un bienestar general sustentado en un principio de justicia (artículo 44 de la Constitución).

La presencia de un contenido adicional guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido, según se revisará infra. Por lo tanto, la pensión que corresponde recibir a viudas y a huérfanos es parte constitutiva del contenido adicional del derecho a la pensión, dado que permite que el derecho a la pensión tenga efectividad real.

76. El derecho fundamental a la pensión y la búsqueda de una digna calidad de vida

Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al telos constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“(…) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.

77. El derecho fundamental a la pensión y el reconocimiento constitucional a la pertenencia a un régimen pensionario

La reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial (tema que será desarrollado infra), reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho.

Por ello, en el presente proceso de inconstitucionalidad, para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones consagradas por la Constitución, este Tribunal, en cumplimiento de su función de supremo intérprete de la Constitución, considera necesario enfatizar que esta actividad legislativa de regulación o restricción está siempre sometida a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental, porque cuando éste queda sometido a restricciones que lo hacen impracticable y lo despojan de protección constitucional, se produce un supuesto de vaciamiento, que es prohibido por nuestra Constitución, aspecto coherente con los límites a la reforma constitucional.

El texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución contiene un supuesto de legitimidad por el sujeto. El legislador ordinario no determina el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión; ello corresponderá a la voluntad constituyente instituida en el proceso de reforma constitucional.

78. Con la reforma constitucional no se ha producido la ‘desfundamentación’ del derecho a la pensión

La Primera Disposición Final y Transitoria reformada expresa lo siguiente:

“(…) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda”.

Antes la norma señalaba que

“(…) los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias”.

Comparando ambas normas, uno de los demandantes concluye que existe una

“(…) ‘desconstitucionalización’ o ‘desfundamentación’ de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal... En tal virtud, una materia que se encontraba vedada a la obra del legislador ordinario, es ahora ‘legalizada’, operándose una degradación de su jerarquía normativa, que supone dejar totalmente en manos del legislador ordinario la regulación del derecho pensionario del régimen antes mencionado... La conversión de un derecho constitucional en un derecho de origen legal, privándolo por consiguiente del rango normativo y de los especiales mecanismos de protección procesal propios de esa categoría de derechos, no puede presentarse como una mera modificación de un derecho fundamental sino como la supresión del mismo, operación ésta vedada al poder de reforma constitucional del órgano legislativo”⁴⁸.

Este argumento ha sido reformulado por otro de los recurrentes cuando expresa que

“(…) no resulta factible aplicar a raja tabla y de manera retroactiva, las nuevas reglas sobre la nivelación u homologación de las pensiones, efectuándose así reducción a las mismas, toda vez que tal homologación se concedió casi al universo de pensionistas del DL N° 20530 con anterioridad a la vigencia de la norma, por el carácter sui generis de las leyes de excepción”⁴⁹.

Es conveniente dejar sentadas algunas cuestiones elementales, a partir de los conceptos reseñados respecto a los derechos fundamentales y derechos constitucionales. No compartimos lo señalado por los demandantes cuando afirman que se ha producido la ‘desfundamentación’ del derecho a la pensión y la seguridad social, en lo que se refiere a la nivelación de las pensiones de jubilación. La nivelación no es un elemento configurador del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas.

§2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

79. La titularidad de los derechos fundamentales

Los demandantes esgrimen que los derechos fundamentales se caracterizan por su universalismo, precisando que pueden ser protegidos sin relación o comunicación propia con ningún contexto. Apoyándose en ello, abstraen la titularidad de la seguridad social -en el caso del derecho a la pensión- del ordenamiento constitucional, afirmando que es un derecho moral de valor universal, descontextualización que prescinde de las formas históricas y lo desvincula de las instituciones sociales concretas, así como del ámbito cultural, que forman la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Este Tribunal considera que no se puede realizar una afirmación sobre el principio de universalidad de manera abstracta; los derechos están siempre presentes en la historia de la cultura e interactúan con los valores que le dan sustento, entre ellos la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la estabilidad presupuestaria.

El principio de la universalidad no supone absolutismo. Esta realización debe desplegarse dentro de un Estado que garantice la democracia como forma de organización del poder y los derechos de la persona humana. Sólo así se justifica plenamente la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, concreciones a las cuales debe atender el legislador.

80. La pensión como derecho universal

Los derechos fundamentales, en tanto racionales y válidos para todos los seres humanos, pero situados en un contexto histórico o social determinado, deben formar parte del sistema de valores protegidos por la Constitución y, en esa medida, estar sujetos al desarrollo constituyente y positivo que haga el legislador en la delimitación de su contenido accidental. Sólo así se ratifica la dimensión constitucional de esta materia, y el carácter de derecho fundamental de la pensión.

Ello no significa concebir los derechos fundamentales como una cuestión doméstica e interna de los Estados, ya que ello supondría plantear un concepto absoluto de soberanía estatuida como un conjunto de potestades, pero que desconoce que la soberanía también importa deberes y responsabilidades frente a los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado y a la comunidad internacional. No cabe duda que actualmente nos encontramos inmersos en un contexto de internacionalización de los derechos, en cuyo fortalecimiento el Estado peruano se compromete. Mas, no debe confundirse esta concepción de la internacionalización de naturaleza espacial, que vendría a ser un punto de llegada, el ethos que inspira este proceso, con la universalización, que alude a un plano más sustantivo y racional.

El derecho a la pensión, por su contenido económico, no puede situarse en la universalidad reinterpretada como 'proceso de generalización', referida más a un objetivo político, a una meta ideal contraria en sí misma a su naturaleza de derecho fundamental específico. Al ser atribuidos a todos, sin establecer determinadas condiciones para su acceso, se convertirían no en derechos para unos sectores concretos de la población, sino para todos, carentes de una meta a alcanzar -la igualdad como equiparación-, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación.

Esta concepción supone el riesgo de que estos propios derechos sirvan para mantener la desigualdad, beneficiando a quienes no lo necesitan realmente, puesto que un trato igual a los desiguales trae consigo una consecuencia injusta. Es a partir de este criterio de universalización en el que también se han fundado los demandantes para argumentar la existencia de un derecho progresivo.

81. El pensionista aportante como único titular del derecho fundamental a la pensión

El derecho fundamental a una pensión digna corresponde a toda persona, de conformidad con los artículos 2, 3 y 11 de la Constitución. Esta titularidad se ha ido conformando paulatinamente, y no corresponde ya exclusivamente al aportante; se ha ido incorporando, gracias a una configuración legal, a un grupo específico de personas distinto a quien aportó durante su vida (viudas, viudos, ascendientes y huérfanos). Éste constituirá, pues, el contenido adicional del derecho a la pensión.

De manera preliminar, y con cargo a un mayor desarrollo infra (Vid. Parte VI), se puede afirmar que el derecho fundamental a la pensión corresponde básicamente a quien ha aportado al sistema previsional.

Por ello, se consideró necesario en la reforma constitucional sincerar la cifra de beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Es correcto que el Estado proteja especialmente a los titulares y beneficiarios del derecho, pero siempre y cuando jurídicamente les corresponda tal atención.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, actualmente señala que:

“Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

Sólo de esta manera, el derecho fundamental a la pensión se ajustará adecuadamente a los principios del equilibrio presupuestario y de la justicia redistributiva, a fin de no incorporar a personas que se hubiesen aprovechado de las deficiencias del sistema.

82. Los beneficiarios del derecho fundamental a la pensión

La Constitución tutela a la familia y a sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución que promueve la tutela social de las personas a través de un sistema de seguridad social que les otorgue beneficios. Teniendo en cuenta ello, y en lo que a la cuestión previsional se refiere, se ha estatuido que los beneficiarios deben gozar de, por lo menos una parte, de los derechos pensionarios que el causante titular percibía.

La situación sui generis de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 ha hecho que la reforma constitucional y la ley de nuevas reglas pensionarias establezcan algunas condiciones para su ejercicio.

La pretensión de los demandantes de atribuir genéricamente la titularidad del derecho a la pensión, sin su sometimiento a la regulación que haga el constituyente de su contenido no esencial y adicional, comportaría la utilización sin sustento constitucional de recursos económicos, lo cual colisionaría abiertamente el principio de solidaridad.

§3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

83. Según los demandantes, se han afectado los derechos adquiridos de los pensionistas

Uno de los puntos en que existe mayor conexión entre las demandas planteadas es el referido a la afectación de los derechos adquiridos de los pensionistas. Al respecto, se ha argumentado lo siguiente:

“(…) el derecho a la seguridad social y su desarrollo progresivo debe ser entendido e interpretado respecto de la población en general y no en función a un grupo pequeño de pensionistas, atendiendo, tal como lo hace el texto de reforma constitucional, a la equidad e interés social”⁵⁰.

84. Según el demandado, la progresividad debe analizarse con respecto a toda la población

El demandado sostiene que

“(…) al analizar si existe progresividad o violación de esta garantía, esto no se puede medir en función a un grupo representativo de la situación que afronta el Estado en dicha materia sino en función al conjunto de la población, teniendo en cuenta que las medidas que se adopten no colisionen con la totalidad de derechos y se aprovechen al máximo los recursos que se dispongan, con equidad y anteponiendo la dignidad humana”⁵¹.

85. El carácter cerrado del régimen y la justicia redistributiva

El sistema de goce del beneficio previsional puede ser modificado siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental, de modo que aquellos beneficios que forman parte del contenido esencial del derecho, deben seguir siendo gozados o percibidos conforme a las reglas que permitieron su acceso. No porque se pretenda una aplicación ultraactiva de la ley que los previó en su momento, sino porque se encuentran vinculados con el derecho fundamental al que llenan de contenido, lo que no ocurre con aquellos derechos de naturaleza legal que tienen por objeto complementar, a nivel legislativo ordinario, la forma como debe efectuarse la prestación de determinados beneficios que en modo alguno afecta el contenido esencial del derecho fundamental.

En consecuencia, el goce de los beneficios previstos en la ley no significa que estos tengan naturaleza constitucional, sino que pueden ser protegidos en dicha sede siempre que su goce o ejercicio se encuentre vinculado con el contenido esencial del derecho fundamental.

Tratándose de derechos de configuración legal, no toda la legislación ordinaria que tiene por objeto precisar los goces, beneficios o prestaciones, adquieren, per se, la condición de contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que en la medida que desarrollan el derecho fundamental del que derivan, una vez que son otorgados al beneficiado, surten efectos con posterioridad incluso a las modificaciones que regularon a su otorgamiento (tal como ocurre en el caso del ingreso a un régimen previsional).

Por el contrario, las condiciones relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, derivadas justamente de los beneficios que forman parte del contenido no esencial y adicional derecho fundamental, sí pueden ser objeto de modificación, por tratarse de temas de legislación ordinaria (monto de la pensión en la medida que no se comprometa el mínimo legal, topes, condiciones de nivelación, entre otros), los que se rigen por la legislación vigente al momento en que pueden ser realizados o ejecutados.

86. El reconocimiento de los derechos adquiridos como elemento configurante de la progresividad
Según el nuevo artículo 103 de la Constitución,

“(…) la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

En este supuesto, uno de los demandantes señala que

“(…) el artículo 1 del precitado dispositivo legal atenta contra los derechos adquiridos de quienes ya gozaban de la pensión con anterioridad a la vigencia de la norma, toda vez que se afectaría a los derechos legalmente obtenidos al Régimen del DL N° 20530, al aplicárseles en adelante nuevas reglas para el goce de su pensión de cesantía, pudiéndose así reducir sus pensiones, ponerles topes, etc.”⁵²,

lo cual permite que otro de los recurrentes asevere que

“(…) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenidos, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma”⁵³.

Frente a tales posiciones, el demandado considera pertinente argumentar otra forma de comprender la norma constitucional mencionada. Así, afirma que

“(…) el erróneo entendimiento por parte de los demandantes de la Teoría de Hechos Cumplidos, los lleva a una pretensión insostenible y que es contraria a lo que ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional...: la posibilidad de establecer límites al derecho pensionario en función de la situación económica, social y política del país”⁵⁴.

87. La relación entre derecho y contenido esencial para configurar la progresividad de la pensión

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el mismo que será determinado claramente infra está afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, mientras que el contenido accidental está sujeto a una definición progresiva por el legislador.

En cualquier caso, las transformaciones que se produzcan deben estar siempre orientadas a hacer más eficaz la protección de los derechos de la persona, no solo en lo referido a su consagración normativa, sino en cuanto a la identificación de mejores y más adecuados mecanismos para garantizar su vigencia.

Cuando se hace referencia a la definición progresiva por el legislador, este Colegiado alude al concepto de progresividad, que constituye un reconocimiento al hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales -entre los que se encuentra el derecho a la pensión- en general no puede lograrse en un breve periodo. Y es de esta forma como ha sido interpretado el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978-, que señala que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

88. Las posibilidades económicas del Estado y el derecho a la pensión

El Estado debe cumplir sus obligaciones según sus limitaciones presupuestales. Ello no obsta para que deje de cumplirlas. Sólo de esta forma se podrá asegurar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión.

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389, que reforma el artículo 103 de la Constitución, afecta la debida protección constitucional a un derecho fundamental. En efecto, aducen que,

“(…) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria, significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenidos, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma, máxime si se trata de derechos humanos, ya que cualquier modificación constitucional o legal no puede aplicarse en forma regresiva o perjudicial a quienes ya ostentan un derecho humano fundamental adquirido”⁵⁵

Esta interpretación cuestiona la naturaleza misma del proceso de reforma constitucional y el carácter prescriptivo de los derechos fundamentales, e incluso la interpretación del principio de progresividad realizada por los órganos internacionales competentes en la materia. Ello no excluye, según lo ha desarrollado la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que

“(…) todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Este reconocimiento, sin embargo, no debe llevar a interpretar equivocadamente que, la efectividad a lo largo del tiempo o progresiva, “priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales], que es establecer claras obligaciones para los

Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”, pues las obligaciones mínimas no se eliminan “como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”56.

89. La exigencia del derecho a la pensión a partir de los principios sociales

Los principios sociales de la pensión enunciados supra, transitan en una confluencia entre la máxima protección posible y las posibilidades presupuestales del Estado para resguardarla.

El Estado social y democrático de derecho se despliega y concreta especialmente en los derechos fundamentales sociales, dentro de los cuales claramente se encuentra el derecho a la pensión.

Al respecto, uno de los demandantes refiere que

“(…) en esta etapa del Estado social, los derechos fundamentales, sean civiles y políticos, como sociales y económicos, comparten un tratamiento unitario e interdependiente, del que se deriva un conjunto de obligaciones y prestaciones positivas y negativas por parte del Estado para el desarrollo libre e igualitario de las personas en la comunidad”57.

El Tribunal Constitucional ha advertido que la distinta eficacia que presentan los derechos constitucionales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, debe distinguirse entre los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, y los denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (fundamento 9 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC).

90. El gasto público y la aplicación temporal del derecho fundamental a la pensión

Comúnmente, se entiende que a esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales sociales y económicos, que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que

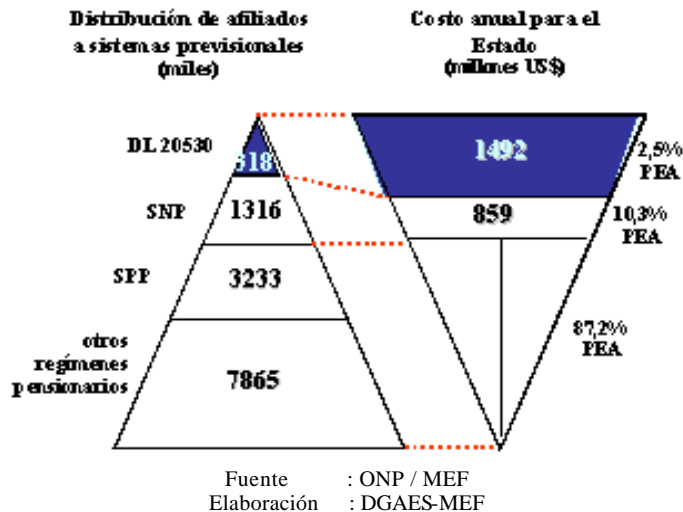
“(…) las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Sin embargo, tal como se ha precisado, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC,

“(…) no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”.

Como se observará a continuación, la cantidad de afiliados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 no era proporcional con el gasto que representaba al Estado peruano (ver Gráfico N° 2).

Gráfico N° 2
Distribución del costo anual para el Estado en pensiones
(Año 2004)



Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad.

91. La progresividad del derecho a la pensión tras la reforma constitucional

Este Colegiado considera que, efectivamente, la plena realización de este derecho puede y debe lograrse de manera paulatina, y que es vocación del Estado, conforme a las obligaciones internacionales asumidas, ejecutar las medidas tendentes a que este objetivo se realice en un plazo razonablemente breve. Ello en concordancia con las exigencias del bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, deber impuesto al Estado por el artículo 44 de la Constitución.

Asimismo, estima que existe una serie de medidas de carácter inmediato que deben adoptarse, las cuales garanticen el goce y ejercicio de conformidad con el contenido esencial de este derecho fundamental, entre ellas efectuar las providencias legislativas indispensables acordes con la fuerza expansiva de los derechos y afianzar el carácter de justiciable del derecho fundamental a la pensión, lo cual permita que pueda ser invocado ante los tribunales. Ello supone, a su vez, la provisión de mayores recursos al Poder Judicial. Es necesario que se tenga en consideración la Sentencia de este Colegiado en el proceso de conflicto de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, Expediente N° 004-2004-CC/TC, en cuyo fundamento 9.9 se señaló que

“(…) la programación presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos”.

92. El análisis de constitucionalidad de la reforma constitucional respecto a la aplicación de leyes en el tiempo

En cuanto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 -en su texto anterior a la reforma constitucional-, su contenido era ciertamente cuestionable desde los niveles de protección que se deben brindar a los titulares del derecho fundamental a la pensión exigidos por la propia Constitución, puesto que no quedaban claros los criterios que permitirían resolver los supuestos de sucesión. Podría derivarse la consecuencia de

“(…) mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (...) Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto”⁵⁸.

Creemos que, en ese sentido, el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 sienta las bases de una transición en el sistema público del régimen de pensiones, fundada en el test de razonabilidad, que orienta la actuación del Estado y la regulación legal del ejercicio de derechos, tal como se puede observar como mayor detenimiento en el fundamento 114.

De esta forma, al no existir vulneración del régimen pensionario en su carácter de progresividad, no es inconstitucional la reforma del artículo 103 de la Constitución. Por tal razón, es infundada la demanda en tal extremo.

93. La aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias

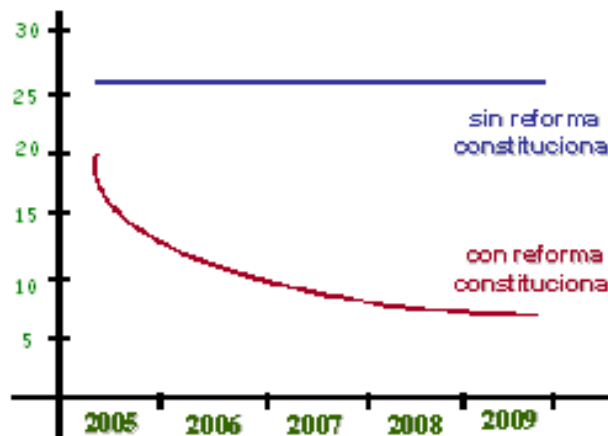
La aplicación inmediata de normas también es trascendente para que las desigualdades que atentan directamente contra la equidad pensionaria, puedan ser revertidas.

Por eso se ha señalado, como parte de la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que

“(…) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda”.

Tal como se puede observar a continuación (ver Gráfico N° 3), la inequidad del sistema podría ser controlada, pues hasta antes de la reforma, las pensiones más altas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530 eran, en promedio, veintiséis veces mayores que las pensiones más bajas. Con las nuevas reglas pensionarias en cinco años, aproximadamente, sólo serán siete veces mayores.

Gráfico N° 3
Ratio de la pensión promedio del 1% superior frente a la del 10% inferior



Fuente: MEF

Visto ello, es necesario que las nuevas reglas se implementen con plazos para que la reducción de pensiones sea gradual para aquellos que estén sobre 1 UIT, teniendo en cuenta que la Ley N° 28449 ha determinado que el tope será de 2 UITs.

Por tal razón, también es correcto constitucionalmente que, a fin de conseguir la equidad pensionaria, subyacente en el artículo 11 de la Constitución, se haya autorizado, en la misma Primera Disposición Final y Transitoria,

“(…) iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito”.

Para esta labor encomendada a la autoridad administrativa, la reforma constitucional del artículo 11 de la Constitución reconoce la capacidad de una entidad del Gobierno para administrar los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

§4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

94. Según los demandantes, se afecta el derecho a la propiedad conjuntamente con el pensionario
Uno de los demandantes argumenta que

“(…) es indiscutible que el derecho pensionario es un derecho incorporado al patrimonio de los beneficiarios y por ende le asiste la totalidad de protección atribuida a esta garantía”⁵⁹.

En conclusión, ¿cómo se ha de entender el carácter patrimonial del derecho pensionario? Al respecto, otro de los demandantes precisa que

“(…) el derecho pensionario, al constituir parte del patrimonio de sus beneficiarios, constituye un verdadero derecho de propiedad, protegida constitucionalmente, por lo que conforme lo ha delineado el Tribunal Constitucional.... razones en las cuales no se ha inspirado el Congreso para la dación de la presente ley”⁶⁰.

95. Según el demandado, no existe afectación del derecho a la propiedad
El demandado a su vez sostiene que

“no sólo como derecho de propiedad, sino como derecho específico a la seguridad social, el contenido esencial del derecho no se ve vulnerado (...) muy por el contrario, la reforma sirve para hacer realidad ‘el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social’”⁶¹.

96. El alcance genérico del derecho fundamental a la propiedad

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2 incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Es por ello que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo con vista al artículo 2 incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70 de la Constitución, el cual establece que éste se

“(…) ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”.

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: es un derecho subjetivo pero, a su vez, es una institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores. Por ello, la determinación de su contenido esencial

“(…) no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad”⁶².

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites establecidos por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

97. La pensión como parte del patrimonio y no como propiedad

Bajo estas premisas es que se debe precisar si la pensión consta de los mismos atributos de la propiedad privada y, por lo tanto, si cabe equipararlos. Al respecto, debemos señalar que la pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad.

Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos.

En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad. Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación -como equivocadamente señalan los demandantes-. Por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión con la propiedad.

La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce a éste o sus beneficiarios.

En cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario. Es evidente, entonces, que la pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad, de modo que es un absurdo jurídico asimilar la naturaleza de ambas como si de una se tratase.

Sin embargo, los demandantes han recurrido tanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como a la de este Tribunal para sostener que la Ley N° 28389 -y, además, la Ley N° 28449- afectan su derecho a la propiedad. Es necesario, entonces, que este Colegiado se pronuncie también sobre estos argumentos.

98. La pensión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los demandantes mencionan la Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad

“(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21 de la Convención que reconoce el derecho de propiedad… El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”⁶³.

En efecto, la Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que

“(…) a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rígeran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”.

Al retomar la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio de este Colegiado, es de importancia capital. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 147, que

“(…) los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.

99. El derecho a la pensión no incluye una exigencia de ‘nivelación’
El hecho que la Ley N° 28389, haya establecido que

“(…) no se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria”,

conduce a los demandantes a sostener que la prohibición de la nivelación pensiones

“(…) equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser ésta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530. Conviene precisar que la supresión de este derecho afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial”⁶⁴.

El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los demandantes. En efecto, como se explicará con detenimiento en el fundamento 107, el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por el derecho a no ser privado arbitrariamente de él y por el derecho a una pensión mínima.

Fuera de ese ámbito, se encuentra el contenido no esencial y adicional del derecho a la pensión, los que pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En el ámbito no esencial y adicional del derecho fundamental a la pensión, el legislador puede establecer determinadas regulaciones, sin que ello implique una intervención inconstitucional per se. De esta manera,

“(…) el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para ‘adaptarlas a las necesidades del momento’, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas”⁶⁵.

Ahora bien, el hecho de que la ley de reforma prohíba la nivelación de pensiones con las remuneraciones, no implica la afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pues la nivelación no forma parte de ese contenido, sino del no esencial; por el contrario, con un criterio de justicia e igualdad, el legislador ha establecido que la reducción del importe de las pensiones no se aplique a las remuneraciones que no superen la Unidad Impositiva Tributaria.

100. El derecho a la pensión no excluye la imposición de ‘topes máximos’

Los demandantes también sostienen que la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 y la Ley N° 28449, que la desarrolla, dispone la aplicación de topes y la reducción de las pensiones. En tal sentido, arguyen que

“(…) el derecho fundamental a la seguridad social, concretado en el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado “monto máximo mensual”. Dicha disposición resulta abiertamente contradictoria con el artículo 10 de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social, que en él se reconoce, es asegurar a la persona ‘la elevación de su calidad de vida’”⁶⁶.

Este Colegiado no comparte el criterio de los demandantes porque, como se ha señalado, no existe un derecho fundamental a la nivelación, dado que ésta no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sino a su contenido no esencial. Si así fuera, la ‘nivelación’ debería también aplicarse a otros regímenes pensionarios, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un acto injustificado de discriminación.

Lo que debe quedar claro es que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales, a saber: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad.

En efecto, en virtud del primero, el legislador puede regular las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez de recursos o medios económicos limitados con los que cuenta el sistema. De ahí que el legislador, en la ley de reforma constitucional N° 28389, haya previsto que los regímenes pensionarios

“(…) deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación”.

En ese sentido, cuando fije un tope a la percepción de pensiones, el legislador no podrá sobrepasar el límite que se le ha otorgado en la reforma constitucional, al momento de apreciar aquellas circunstancias socioeconómicas condicionantes de la actualización del sistema de pensiones.

En virtud del principio de solidaridad se exige que

“(…) el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios, es decir, en el caso concreto, con independencia de que esas pensiones proporcionalmente altas sean pocas, su limitación tenga poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficie a los pensionistas más modestos”⁶⁷.

Por estas consideraciones, y mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional. Será, entonces, constitucionalmente razonable y legítimo que se disponga la disminución progresiva del monto de las pensiones más elevadas -propio del contenido no esencial- y el incremento de las pensiones más bajas a un tope mínimo vital -propio del contenido esencial-.

Esta exigencia, que el Estado no puede evadir, se ha plasmado en el artículo 3 de la Ley N° 28389, al determinar que las reglas establecidas por la ley no podrán prever

“(…) la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria”.

Además, la propia ley de reforma constitucional prevé que el

“ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley”.

Queda claro que es constitucional el tratamiento que sobre la materia pensionaria ha realizado la Primera Disposición Final y Transitoria reformada.

E. EL DERECHO A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

101. La reforma del derecho a la pensión: ¿‘in peius’ o ‘pro homine’?

Corresponde a este Colegiado analizar, ahora, si la Ley N° 28389 ha introducido una reforma constitucional peyorativa o in pejus con relación al derecho fundamental a la pensión, o si ésta es pro homine, es decir, si busca beneficiar a los pensionistas.

Para ello, se debe determinar, en primer lugar, el contenido esencial del derecho a la pensión; para, en segundo lugar, proceder a aplicar el test de la razonabilidad.

102. Según los demandantes, se ha afectado el contenido esencial del derecho a la pensión

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389 afecta el contenido esencial del derecho a la pensión. Respecto al contenido esencial, uno de los demandantes, amparándose en la noción de derechos adquiridos según el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, ha señalado que

“(…) es posible la aplicación inmediata de la ley que lo modifica en sentido peyorativo, siempre que ésta deje a salvo su contenido esencial, es decir, tener la condición de pensionista de dicho régimen y el derecho a una pensión nivelable, la cual no puede ser reducida, mediante la variación de sus reglas de cálculo o la aplicación de un tope pensionario”⁶⁸.

Sin embargo, lo que realmente está configurando el recurrente es el contenido esencial de la pensión, antes que el de la seguridad social, y así ha de entenderse con el fin de que este Colegiado pueda debatir conceptualmente tal aseveración.

103. Según el demandado, no se ha afectado tal contenido esencial

El demandado sostiene que la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución

“(…) reconoce los principios establecidos en los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución: el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas; e intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social. Estos principios constituyen el parámetro para identificar el contenido esencial del derecho a la seguridad social configurado por el constituyente”⁶⁹.

Añade que

“(…) lo que puede postularse como contenido esencial del derecho es la pensión misma, pero no la nivelación con los haberes de los actos. La nivelación con la remuneración del trabajador activo no forma parte de ningún convenio internacional ni de los principios doctrinarios de la seguridad social para convertirse en pilar de su calificación como derecho fundamental o como núcleo central del derecho”⁷⁰.

104. La necesidad de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La doctrina constitucional contemporánea, en referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha construido determinadas teorías a fin de determinar cuál es ese contenido irreductible que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental.

Se han planteado tres teorías, básicamente. Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación.

La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial -y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada- y otra parte accesoria o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas.

Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de 'por sí' e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, de otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad⁷¹.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los de más derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. En este sentido, para el caso concreto, se determinará el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

105. La configuración del contenido esencial del derecho a la pensión

La Constitución, por lo menos, debe exigir al Estado la provisión de un mínimo vital, protegido como contenido esencial, a fin de que las personas desarrollen una vida digna, procurando la igualdad material entre ellas. Para ese efecto, es necesario que la protección del derecho a la vida digna sea una obligación exigible al Estado que éste debe cumplir durante todo el proceso vital de las personas.

Un principio constitucional que se debe tener en consideración es el de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución). Este principio erige a la persona humana y el respeto de su dignidad como un fin supremo tanto de la sociedad como del Estado; principio que, como ya se señaló en el fundamento 46, proscribía que la persona humana sea tratada como objeto -o medio- de la acción del Estado; antes bien, debe promoverse su vigencia y respeto.

106. El reconocimiento de los valores subyacentes al contenido esencial de la pensión

Sobre esta base, y a la luz de los principios sustentadores del derecho a la pensión dentro del Estado social y democrático de derecho, se deben ponderar los valores superiores. Sin embargo, antes de referirnos al valor que está vinculado con esta determinación del contenido esencial, este Colegiado considera pertinente señalar que, si bien nuestra Constitución no incorpora expresamente una disposición constitucional que haga alusión a los valores superiores, ello no quiere decir, en modo alguno, que nuestra Constitución de 1993 no los consagre o carezca de ellos.

Esto es así en la medida que los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden o venir expresados precisamente en una norma legal, o incluso en una norma constitucional. De ahí que se reconozca que los valores superiores poseen una triple dimensión:

"(...) a) fundamentadora, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto (...); b) orientadora, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales"⁷².

Guarda estrecha relación con este propósito el valor superior de igualdad, expuesto supra como principio. Éste no debe concebirse en su dimensión formal, sino en la material. Para su realización, en sentido material, se traduce en el criterio de igual satisfacción de las necesidades fundamentales.

Pero también el valor superior solidaridad, entendido como el deber de desarrollar, de acuerdo con las posibilidades y preferencias propias, una actividad o función que redunde en el progreso material o espiritual de la sociedad, debe ponderarse a efectos de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y al bienestar de la persona humana. A partir de una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, debe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad; para ello, el Estado debe promover las condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar. De ahí que uno de los deberes esenciales del Estado social y democrático de Derecho sea que los derechos fundamentales tengan vigencia real, confiriéndoles, para ello, una base y un contenido material mínimo.

107. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

Es deber del Estado y de la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, y en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cual adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad.

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

- el derecho de acceso a una pensión;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,

- el derecho a una pensión mínima vital.

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.

108. La importancia del establecimiento de este contenido esencial

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión y en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de ese derecho. Precisamente, en este aspecto es muy importante rescatar lo que señala el artículo 3 de la Ley N° 28389.

Si se considera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión como ya configurado, la ley de reforma constitucional no afecta dicho contenido en la medida que, si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones.

En tal sentido, esta parte de la Ley N° 28389 no es inconstitucional al no afectar el derecho a acceder a una pensión y al no privar, tampoco, arbitrariamente, de dicho derecho. Por lo tanto, es infundada la demanda en este extremo.

En cuanto al contenido no esencial compuesto por el reajuste pensionario y el tope pensionario máximo, la ley de reforma constitucional ha establecido el marco de su configuración legal, según se verá infra, lo cual no es inconstitucional. En igual sentido, el contenido adicional integrado por las pensiones de viudez, orfandad y de los ascendientes constituyen materia para la libre configuración del legislador, lo cual tampoco la vuelve inconstitucional.

§2. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD A LA EQUITAD PENSIONARIA

109. El test de razonabilidad y el derecho fundamental a la pensión

Determinada la intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, es necesario ahora aplicar un test de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicionales a fin de que estos sean declarados constitucionales o no. Es decir, este Tribunal debe determinar si la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión es constitucional, o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido, ya determinado, de dicho derecho y es, por ende, inconstitucional.

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran.

De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

110. Necesidad de aplicación del test de razonabilidad a la ley de reforma

Los demandantes argumentan que existe una afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión en el caso de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530. Asimismo, alegan que la prohibición de nivelar las pensiones con las remuneraciones equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario; además, afirman que se elimina el derecho a la nivelación de las pensiones al subordinarlo a las decisiones y posibilidades económicas del Estado. En suma, sostienen que

“(…) la ley de Reforma Constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social”⁷³.

Por su parte, el demandado afirma que

“(…) no puede suscribirse la afirmación del demandante en el sentido que se habría producido una transgresión del carácter irrenunciable de los derechos sociales. Los trabajadores no han renunciado a nada ni el Estado los ha despojado de su derecho a la seguridad social”⁷⁴.

Para efectos de resolver este cuestionamiento, esto es, la supuesta modificación in peius del derecho fundamental a la pensión, se aplicará el test de razonabilidad.

111. El análisis del principio de idoneidad en el caso pensionario

Al respecto, debe analizarse, a la luz del principio de idoneidad o adecuación, si con la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha reforma es idónea. En relación con lo primero, esto es, con el objetivo constitucionalmente legítimo, se debe tener en cuenta que lo que se busca con tal reforma es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y solidaridad, considerados, desde la perspectiva constitucional, totalmente legítimos.

En efecto, son valores consustanciales del Estado social y democrático de derecho, ya que el Estado procura que todas las personas gocen de las condiciones materiales mínimas para llevar una vida digna.

En este sentido, mediante la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se busca que las personas tengan una pensión equitativa, como exigencia de la realización de los valores superiores justicia e igualdad.

Es indudable, pues, que tal finalidad es constitucionalmente incuestionable; su legitimidad radica en el hecho mismo de que es un imperativo del Estado social y democrático de Derecho promover la justicia distributiva entre sus miembros.

112. El análisis del principio de necesidad en el caso pensionario

Cuando las personas gozan del derecho fundamental a la pensión, lo hacen en condiciones de igualdad y de justicia. A juicio de este Tribunal, se debe analizar el motivo que pudiese impedir el goce de las pensiones en tales condiciones.

Este Colegiado considera que la realización de la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución constituye la alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima.

Es evidente, entonces, que el principio de necesidad se cumple en el caso concreto.

113. El análisis del principio de proporcionalidad strictu sensu en el caso pensionario

En cuanto corresponde al principio de proporcionalidad strictu sensu, se debe analizar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión. Sobre esto, se debe insistir en que el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por la prohibición de ser privado arbitrariamente de ella y por el derecho a una pensión mínima vital. En ese sentido, la reforma constitucional de la Ley N° 28389 no afecta el contenido esencial del derecho a la pensión porque no prohíbe su acceso a él, no priva a quienes son pensionistas de su ejercicio ni desconoce la existencia de una pensión mínima.

Por lo demás, este Colegiado estima que la intervención, en el caso concreto, del derecho fundamental a la pensión, es legítima constitucionalmente, en la medida que el grado de realización del objetivo de la injerencia -justicia e igualdad pensionaria- es proporcional al grado de afectación del derecho; asimismo, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él.

114. La razonabilidad de la reforma constitucional

Con los resultados obtenidos en los tres principios revisados, toca ahora analizar si la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 es un medio razonable para lograr la justicia e igualdad en el ámbito pensionario.

A juicio de este Tribunal, la reforma permite la realización de los valores superiores justicia e igualdad en materia pensionaria. En ese sentido, la Ley N° 28389 es acorde con la finalidad constitucional antes mencionada, más aún si no se contrapone con el criterio de reajuste periódico de las pensiones que prevé la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de acuerdo con una distribución equitativa del monto de la misma.

Siendo ello así, el Estado asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes a fin de garantizar el derecho fundamental a la pensión en términos de justicia distributiva e igualdad. Ahora bien, la aplicación del test de la razonabilidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta reforma en sentido peyorativo del derecho fundamental a la pensión, permite llegar a la conclusión de que la Ley N° 28389, que reforma la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no comporta una reformatio in peius.

La intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas.

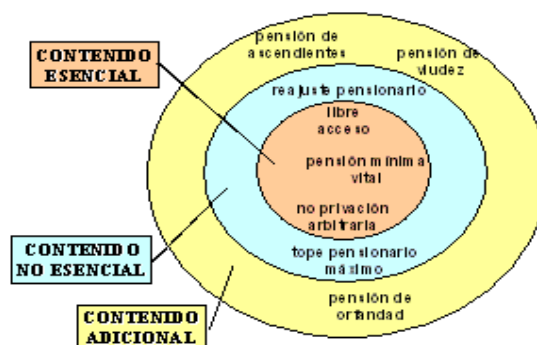
De otro lado, aplicado el test de razonabilidad, a través de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad strictu sensu, se concluye que la reforma constitucional no priva a las personas del derecho a la pensión, y mucho menos les impide su acceso. Por el contrario, lo que se busca es que el goce de ese derecho se realice mediante la materialización de valores superiores como la justicia e igualdad.

115. La novedosa configuración del derecho fundamental a la pensión tras la reforma constitucional

Tal como se ha podido apreciar, el derecho a la pensión tiene un contenido tripartito (Vid. fundamento 75).

Por lo tanto, con un fin meramente explicativo, este Colegiado, a la luz de la Constitución, considera que el derecho fundamental a la pensión se puede describir gráficamente de la siguiente manera:

Gráfico N° 4
Contenidos del derecho fundamental a la pensión



Elaboración: Tribunal Constitucional

Si bien el imperativo es el respeto del contenido de todo el derecho, es claro que se ha mantenido intangible el contenido esencial, y los contenidos no esencial y adicional se han ido delineando según las necesidades sociales y económicas del país, con el fin de que el derecho tenga la mayor eficacia posible y no favorezca a un grupo reducido de personas, sino a la mayoría de la población, según el sentido del criterio interpretativo de unidad de la Constitución.

116. La supuesta vulneración del principio de cosa juzgada

Antes de pasar a la siguiente parte de la sentencia, es necesario dar respuesta a la argumentación de los demandantes respecto a la afectación de la cosa juzgada. En concreto, acusan que con la modificación de la normativa sobre el régimen pensionario

“se atentaría... contra el principio de Cosa Juzgada, puesto que muchos pensionistas han visto conquistados sus derechos pensionarios en la vía judicial, como la nivelación de sus pensiones, el pago íntegro y sin topes de sus pensiones, etc... se estaría reiterando la violación a las garantías antes expuestas, de manera especial a la garantía de la cosa juzgada, máxime si se tiene en consideración los efectos supremos de una acción de inconstitucionalidad y la obligatoriedad de su acatamiento ordenado por la propia Constitución, art. 204”75.

Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de ‘ordenamiento aislado’ que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que a posteriori y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable.

La reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional.

Así las cosas, no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente prosritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley N° 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional.

117. Conclusiones sobre si la reforma es constitucional o no

Luego de las consideraciones precedentes, se debe concluir que la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha transgredido o desmejorado los derechos de los pensionistas, ni tampoco ha afectado el ‘contenido fundamental’ de la Constitución.

Lo que pretende es que el acceso al derecho fundamental a la pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente y el derecho a una pensión mínima vital; así como los reajustes y topes pensionarios; y, las pensiones de los beneficiarios derivados, tengan vigencia real en concordancia con los valores superiores de justicia e igualdad.

Lo que el legislador no hubiera podido, ni tampoco podría hacer, es eliminar la garantía institucional de la seguridad social, propia de las Constituciones democráticas y del Estado social y democrático de Derecho, ni tampoco poner en cuestión los rasgos estructurales del sistema pensionario76.

Por las razones que se han expresado en la presente sentencia, no existe vulneración alguna de los límites materiales ni formales de la reforma constitucional, por lo que las demandas son infundadas en este extremo.

VII. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28449 QUE MODIFICA EL DECRETO LEY N° 20530

A. CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

§1. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

118. La impugnación de la Ley N° 28449

Tal como precisó este Colegiado en el considerando 10 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados),

“(…) en las demandas se solicita, adicionalmente, que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 28449 por conexidad o consecuencia con el petitorio principal; al respecto es de aplicación el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, que dispone que el Tribunal Constitucional, dado el caso, está facultado para evaluar la constitucionalidad de las normas conexas a la que se impugna en la parte principal del petitorio”.

119. La Constitución reformada como parámetro de control de constitucionalidad

Con los fundamentos expuestos en los apartados anteriores, ha quedado desvirtuada la alegada inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389. Consecuentemente, el análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28449, encargada de fijar las nuevas reglas aplicables al régimen del Decreto Ley N° 20530, será realizado teniendo presente que, al haber sido expedida con posterioridad a la Ley N° 28389, el parámetro de control constitucional será la Constitución reformada, y no las disposiciones vigentes antes de que dicha reforma tuviera lugar.

Así las cosas, es conveniente precisar que ante la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el control constitucional de la Ley N° 28449 no podría ser realizado sobre la premisa de una protección constitucional a la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, tal como ha ocurrido en la jurisprudencia de este Tribunal emitida con anterioridad a la reforma.

En efecto, ya ha quedado establecido que la supresión de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria (prevista en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución antes de su reforma), no afecta la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, ni tampoco el derecho fundamental a la pensión, contenido en el artículo 11 de la Norma Fundamental, por lo que no existe vulneración de ninguno de los límites materiales al poder de reforma constitucional. También ha quedado dicho que la proscripción de utilizar la nivelación como mecanismo de reajuste no vulnera tales límites.

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

120. La configuración legal del derecho fundamental a la pensión

Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran.

121. La regulación de los derechos fundamentales y la aplicación de leyes en el tiempo

La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución.

La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del test de razonabilidad que justifique determinadas restricciones del contenido no esencial y adicional de dichos derechos. Ello trasciende el análisis formal y contingente de la adopción de una determinada teoría de aplicación de leyes en el tiempo (derechos adquiridos o hechos cumplidos), y se ubica en la necesidad de una meritación sustancial que tenga como imperativo preservar los derechos fundamentales como verdaderas manifestaciones del principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), según ha sido explicado supra.

§3. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

122. Según los demandantes, existe un vicio formal en la elaboración de la Ley N° 28449

Los demandantes acusan un supuesto vicio formal en la producción normativa de la Ley N° 28449. En concreto, refieren que

“(…) independientemente de los vicios que afectan la legalidad de la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional, la presente norma [Ley N° 28449], no alcanzó la votación requerida para considerarse Ley de Desarrollo de Reforma Constitucional (81 votos), en consecuencia, es una norma con rango de ley aprobada con 61 votos, sin el respaldo de la votación requerida para los actos estrictos de reforma constitucional,... sin contar ni siquiera con las exigencias mínimas o maquilladas para tratar temas concernientes a reforma constitucional, es decir, no cuenta con el respaldo del legislador para tal connotación, lo que de por sí representa un vicio de forma insubsanable”⁷⁷ (sic).

123. Distinción entre las reglas de producción normativa de las leyes de reforma constitucional y las leyes ordinarias

Los demandantes confunden ostensiblemente las rigurosas reglas de producción normativa, exigibles a una ley de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución), con aquellas exigibles a las leyes que, en mérito de alguna reserva legal prevista en la Constitución, se ocupan de una determinada materia.

Es cierto que algunos artículos constitucionales post reforma incluyen determinadas materias reservadas a la ley (así, el segundo párrafo del artículo 11 dispone que será la ley la que establezca la entidad del gobierno que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado, mientras que el párrafo quinto de la Primera Disposición Final y Transitoria establece que será la ley la llamada a disponer la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de 1 UIT); sin embargo, resulta manifestamente erróneo entender que tal evento exige que dichas leyes sean aprobadas con las votaciones requeridas por las leyes de reforma constitucional.

La Ley N° 28449 es una ley ordinaria. En tal sentido, no cabe imponerle como requisito de validez, haber seguido el procedimiento agravado propio de las leyes de reforma de la Constitución. Por ello, el argumento sub examine debe ser desestimado.

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

§1. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS A TRABAJADORES DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530

124. Según los demandantes, se desconoce el derecho de los pensionistas a pertenecer al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530

Los recurrentes refieren que el artículo 2 de la Ley N° 28449,

“(…) se encuentra dirigido a recortar las posibilidades de aquellos ciudadanos que cumplieron válidamente con todos los requisitos de dicho régimen y que por la inercia u omisión de la administración, a la fecha no cuentan con el derecho a la seguridad social, o también en los casos de aquellos jubilados que fueron desincorporados arbitrariamente, pese a cumplir con todas las exigencias establecidas en la ley”⁷⁸.

125. Situación de aportantes luego del cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530
El artículo 2 de la Ley N° 28449 establece que

“(…) el Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución”.

En efecto, dicha Primera Disposición Final y Transitoria, tal como se pudo observar líneas arriba, estipula:

“Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”,

precisando que, en consecuencia,

“(…) a partir de la entrada en vigencia de [la] Reforma Constitucional: 1) No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”.

Lo que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece en su inciso 1 (reiterado por el artículo 2 de la Ley N° 28449), no tiene relación alguna con el derecho concreto a una determinada pensión. Simplemente, dicho inciso se limita a disponer que ningún trabajador puede en el futuro ser incorporado al régimen del Decreto Ley N° 20530. Ello es meridianamente claro y cualquier norma u acto que contravenga tal disposición, será inconstitucional.

Ante todo, es preciso distinguir entre los requisitos para incorporarse a un determinado régimen pensionario y los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen. Existe un número importante de personas que en la fecha en que la reforma constitucional cobró vigencia, estaban incorporadas en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pero que, sin embargo, aún no habían cumplido con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de dicho régimen.

126. El caso de las personas que antes de la reforma habían cumplido con los requisitos para incorporarse al régimen del Decreto Ley N° 20530 pero no con los requisitos para obtener una pensión

Con relación a las personas que antes de la reforma constitucional, ya pertenecían al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no habían cumplido con los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen, el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que

“(…) deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones”.

Lo propio establece la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, previendo un plazo de noventa días para que el trabajador comunique a su empleador su opción entre uno u otro sistema.

Del análisis de estas disposiciones, surgen algunas conclusiones:

- El inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución obliga al trabajador que antes de la reforma pertenecía al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no había cumplido con los requisitos para obtener una pensión, a desincorporarse de este régimen y optar por otro. Ello no vulnera ningún límite al poder de reforma constitucional, pues interpretados los artículos 10 y 11 de la Constitución, resulta claro que si bien el derecho fundamental a la pensión debe encontrarse plenamente garantizado por el Estado, no forma parte de su contenido esencial constitucionalmente protegido, el que dicha garantía deba ser prestada dentro de un específico régimen previsional, por lo que tal determinación queda dentro del margen de libre configuración del legislador democrático, tal como se analizó supra.

- El inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no constituye una excepción al principio de irretroactividad de las leyes previsto en el artículo 103 de la misma Carta Fundamental, pues si bien antes de su vigencia una persona puede haber cumplido con el requisito para la incorporación a un determinado régimen previsional (v.g. en el caso del Decreto Ley N° 20530, ser un servidor público no comprendido en el Decreto Ley N° 19990), tal hecho no queda consumado sino hasta que dicho trabajador cumple, adicionalmente, con los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen (v.g. en el caso de los trabajadores varones del régimen del Decreto Ley N° 20530, cumplir quince años de servicios reales y remunerados). En otras palabras, exigir mediante ley la desincorporación del régimen del Decreto Ley N° 20530 para pasar a otro régimen a un pensionista que aún no había cumplido con los requisitos para obtener una pensión, implica la aplicación de dicha ley a un hecho no consumado, motivo por el cual no existe afectación del principio de no retroactividad de las leyes.

El legislador ha omitido referir en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, qué sucede si transcurridos los noventa días de plazo, el trabajador no comunica al empleador su opción de afiliación. En tal sentido, este Tribunal exhorta al Congreso de la República a cubrir dicho vacío normativo, teniendo presente que tal omisión no sea interpretada en el sentido que la falta de comunicación del trabajador dentro de dicho plazo implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pues ello vulneraría el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución; ni tampoco que ello implique que el trabajador quede fuera de todo régimen previsional, pues dicha interpretación sería incompatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de la seguridad social consagrado en el artículo 10 de la Constitución.

127. El caso de los trabajadores que antes de la reforma habían cumplido requisitos para obtener una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530

Cuando una persona cumple con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de un determinado régimen pensionario, y su incorporación a dicho régimen queda consumada, resultaría manifiestamente inconstitucional por vulnerar el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103 de la Constitución, y la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, que en dicho supuesto, una ley futura pretenda imponerle su desincorporación.

El artículo 2 de la Ley N° 28449 no incurre en tal inconstitucionalidad, pues es claro en señalar que

“(…) se consideran incorporados en el régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.

2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.

3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.

4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N° 20530”.

Es decir, en todos los casos, para determinar quiénes deben recibir una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530, se toman en cuenta las normas vigentes al momento de la obtención del derecho, y no aquellas normas que hubiesen entrado en vigencia con posterioridad.

128. La obtención de una pensión de un determinado régimen previsional como cuestión de iure y no de facto

Es pertinente recordar que la obtención de una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530 es una cuestión de iure y no de facto.

Es decir, deben entenderse incorporados en el régimen del Decreto Ley N° 20530 a todos los trabajadores, pensionistas y sobrevivientes que antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, hubiesen cumplido con los requisitos legales para obtener una pensión en dicho régimen, aun en los supuestos en los que arbitrariamente la Administración se hubiese negado a otorgarlo o posteriormente lo hubiese desconocido.

129. La aplicación inmediata de las reglas previstas en la Ley N° 28449

Debe insistirse en que lo expuesto dista mucho de considerar que una nueva ley, dentro de los límites constitucionales y sobre la base de razones proporcionales, razonables y objetivas, no pueda reducir, a partir de su vigencia, las pensiones que en el futuro serán otorgadas a algunos pensionistas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530.

Ello implicaría, de un lado, negar la capacidad de la fuente legal (hoy constitucionalmente reconocida en el artículo 103 de la Constitución) de regular hechos, no sólo que aún no terminan de consumarse, sino que, en estricto, aún no se inician; y de otro, reconocer la calidad de derecho adquirido a un monto específico de las pensiones o una pensión nivelable, lo que carece actualmente de sustento constitucional.

§2. EL MONTO MÁXIMO DE LAS PENSIONES

130. Según los demandantes, la aplicación de la pensión máxima a los pensionistas que cumplieron con los requisitos para obtener una pensión antes de la reforma, resulta inconstitucional

Los recurrentes consideran que el artículo 3 de la Ley N° 28449 resulta inconstitucional al estipular un monto máximo mensual de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530, igual a 2 UITs (actualmente, S/. 6,600.00) vigentes en la fecha en que corresponda el pago de la pensión. En concreto, refieren que

“(…) desde la óptica de los hechos cumplidos para la vigencia de las leyes en el tiempo sólo podrían ser aplicadas para aquellos pensionistas del régimen pensionario anteriormente mencionado que no hubiesen consolidado su derecho a la nivelación progresiva de pensiones en igualdad del monto a la remuneración que su homólogo activo de su mismo nivel o categoría pudiese estar percibiendo”⁷⁹.

131. La constitucionalidad del monto de la pensión máxima previsto en la Ley N° 28449

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que la ley puede disponer la aplicación de topes a las pensiones que excedan 1 UIT. Esta disposición constitucional, conforme quedó establecido supra, no vulnera el derecho fundamental a la pensión.

El artículo 3 de la Ley N° 28449, al fijar en 2 UITs la pensión máxima mensual dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, se ha situado por encima del mínimo monto pensionario que en ponderación con las capacidades presupuestarias del Estado peruano, resulta conforme con el derecho a una vida acorde con el principio de dignidad. Consecuentemente, este Tribunal estima que el monto de la pensión máxima previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449, resulta constitucional.

132. El equívoco acogimiento a la teoría de los derechos adquiridos

Toda vez que el artículo 103 de la Constitución acoge la teoría de los hechos cumplidos con relación a la aplicación en el tiempo de las leyes (tema ya desarrollado supra en el fundamento 92), el argumento de los recurrentes conforme al cual el tope pensionario previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449 resultaría inconstitucional por pretender aplicarse inmediatamente incluso a los pensionistas que habían cumplido con los requisitos para obtener una pensión antes de la vigencia de la norma, carece de sustento, máxime si es la propia Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ya declarada constitucional, la que expresamente establece que

“(…) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda”.

133. La inconstitucionalidad de la nivelación como mecanismo de reajuste del monto de la pensión

Tampoco resulta inconstitucional que, siguiendo lo dispuesto por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con relación a la supresión definitiva de la nivelación como mecanismo de reajuste pensionario, el primer párrafo del artículo 4 de la Ley N° 28449, establezca que

“(…) está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados funcionarios públicos en actividad”.

En efecto, según quedó dicho en los fundamentos 64 y 65, no puede considerarse como parte del derecho fundamental a la pensión, la adopción de un único sistema o metodología de reajuste del monto de las pensiones.

134. La seguridad jurídica y la modificación del ordenamiento jurídico

A criterio del Tribunal Constitucional, el asunto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la aplicación inmediata del tope previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449, no se encuentra relacionado con una cuestión de aplicación de leyes en el tiempo (teoría de los hechos cumplidos o

de los derechos adquiridos), sino con la necesidad de que toda mutación del ordenamiento jurídico se desenvuelva dentro de márgenes razonables y previsibles; en otras palabras, la cuestión debe ser abordada con relación al principio de seguridad jurídica.

En efecto, tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI,

“(…) el principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone ‘la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho’ (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la ‘predecible’ reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal”.

En esa medida, aun cuando de conformidad con los artículos 103 y 109 de la Constitución, en principio, las leyes resultan de aplicación inmediata, sin embargo, la discordancia entre la ley ‘nueva’ y la ley ‘vieja’ no podría ser de tal grado que desborde todo margen de razonabilidad en las implicancias que ella genera para los ciudadanos a los que resulta aplicable.

Es sabido que algunos pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 percibían pensiones muy superiores a 2 UITs y habían forjado su expectativa de vida personal y familiar sobre la garantía del derecho adquirido que les concedía el régimen constitucional derogado. Por ello, la aplicación inmediata del nuevo tope implicaría una variación marcadamente abrupta, incompatible con el principio de seguridad jurídica que debe informar a la reforma del ordenamiento jurídico.

Así como de una interpretación sistemática de la Segunda y la Décimo Primera Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución se deriva que el reajuste de las pensiones deba ser periódico y progresivo, de manera tal que los egresos de las fuentes presupuestales del Estado se manejen bajo criterios de razonabilidad y previsibilidad, los mismos criterios deben tenerse en cuenta a efectos de reducir el monto de las pensiones en los supuestos en los que éstas resulten excesivamente altas, sin que en ningún caso puedan ser reducidas por debajo del nuevo tope máximo previsto en el ordenamiento (2 UITs).

La Ley N° 28449 resulta compatible con dicho criterio, pues si bien su artículo 3 fija el monto máximo de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530, la Tercera Disposición Transitoria establece que dicho tope se aplicará a partir de su vigencia, pero de manera progresiva. En tal sentido, declara que:

“Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente”,

regulación que, dictada dentro del margen de libre configuración legal, este Tribunal estima razonable.

§3. EL MONTO MÍNIMO DE LAS PENSIONES

135. Según los demandantes, se afecta el derecho a la pensión mínima vital
Los demandantes alegan que la aplicación de la Ley N° 28449, generará que

“(…) las pensiones más humildes quedarán congeladas o propensas al juego político del gobernante de turno según las ‘posibilidades presupuestarias del Estado’”80.

El Tribunal Constitucional comparte dicha preocupación, pues si tal fuera el caso, los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530, no tendrían el ingreso mínimo para su manutención, con el consecuente atentado contra el derecho fundamental al mínimo vital y la afectación de los principios sociales que informan al derecho fundamental a la pensión, sobre todo en lo referido a su contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador (Vid. fundamento 107).

136. El criterio de determinación de la pensión mínima

De ahí que este Colegiado considere conveniente que, así como la pensión máxima del ordenamiento está prevista no como un monto específico, sino con relación a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es necesario que también la pensión mínima vital, como elemento constitutivo del derecho fundamental a la pensión (artículo 11 de la Constitución), tenga un parámetro objetivo y razonable de referencia, es decir, que su determinación se base en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto mínimo vital esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos -por ejemplo, índices inflacionarios altos- que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho fundamental a la pensión.

En ese sentido, el parámetro de referencia para determinar la pensión mínima vital debe ser un porcentaje de alguna unidad de medición monetaria. Dicha medida podría ser el porcentaje de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) o de una Unidad Remunerativa del Sector Público (URSP). Desde la perspectiva constitucional, ello se sustenta en los principios constitucionales de justicia y equidad.

§4. LA EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN EN LA PERIODICIDAD DEL REAJUSTE PENSIONARIO

137. Según los demandantes, la nueva fórmula de reajuste afecta el derecho a la igualdad
Los recurrentes sostienen que los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449 vulneran el principio de igualdad, pues

“(…) pretende[n] imponer reglas de juego distintas a los jubilados diferenciándolos por su edad... No existe una sustentación objetiva que justifique tal distingo, ya que en el campo pensionario una persona que ostenta menos de 65 años puede significar una persona que haya trabajado muchos más años de servicios que alguien que pase de los 65 años”81.

138. Los literales a y b de la Ley N° 28449: la edad como criterio de diferenciación
Los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449 establecen que

“(…) el reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional”.

En el punto analizado, el legislador ha utilizado a la edad como elemento diferenciador del trato. Así, mientras las pensiones de los mayores de sesenticinco años que se encuentren por debajo del tope pensionario, tienen garantizado un reajuste al inicio de cada año, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado, las de los menores de sesenticinco años no tienen la garantía del reajuste anual, sino solamente periódico.

En consecuencia, lo primero que debe determinar este Colegiado es si, en atención a la naturaleza concreta de la materia regulada, resulta razonable utilizar la edad de una persona como fundamento de diferenciación.

139. El análisis de razonabilidad del criterio diferenciador propuesto

Al respecto, debe recordarse que la seguridad social es una garantía institucional del Estado, que debe concretizarse en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- bajo la doctrina de la contingencia, es decir, la presencia imprescindible de un supuesto fáctico al que, usualmente, acompaña una presunción de estado de necesidad y que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, para la elevación de la calidad de vida.

La edad ha sido y es uno de los requisitos tradicionalmente utilizados, tanto por nuestro ordenamiento como por ordenamientos comparados, para dotar de márgenes de objetividad a la identificación del supuesto fáctico que activa al sistema previsional para conceder la prestación social orientada a garantizar la consecución del proyecto de vida del jubilado o cesado. A dicho requisito se ha unido clásicamente la denominada ‘contingencia’ (cese en el empleo, invalidez, entre otros).

Con relación al proyecto de vida, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en el fundamento 8 de su Voto Concurrente en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los ‘Niños de la Calle’, expedido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el 19 de noviembre de 1999, señalaron que:

“(…) el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana”.

Así las cosas, en tanto que el número de años de edad es inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, este Colegiado considera que ésta constituye un factor de distinción razonable entre aquellos a quienes corresponde un reajuste pensionario ‘anual’ y aquellos que tienen derecho a un reajuste ‘periódico’; máxime si se tiene en cuenta que, si bien es cierto que en un inicio la Organización Mundial de la Salud consideró adultos mayores a las personas de más de sesenta años que viven en los países en vías de desarrollo y de sesenticinco años o más a las que viven en países desarrollados, también lo es que, en el año 1994, la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, atendiendo a la considerable elevación de la esperanza de vida producida en las últimas tres décadas, fijó en sesenticinco años o más la edad del adulto mayor⁸².

140. La falta de razonabilidad de otros criterios de diferenciación

Por el contrario, no hubiese sido razonable, si -como sugieren los demandantes- en lugar de la edad, se hubiese utilizado como criterio de diferenciación la cantidad de años de aportación del pensionista. Si bien es cierto que el requisito de años de aportación es uno de los factores utilizados por el ordenamiento para obtener una pensión de jubilación o cesantía, por sí solo, no puede ser considerado como un dato objetivo que permita activar el sistema de seguridad exigiendo el otorgamiento de una pensión o, en su caso, su reajuste.

Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un período de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

141. La interpretación constitucional del criterio de diferenciación

La razonabilidad del criterio de diferenciación -la edad- no es motivo suficiente para descartar la existencia de un trato discriminatorio. Es preciso que la finalidad que se pretenda alcanzar con la diferencia de trato sea compatible con el artículo 103 de la Constitución y que a efectos de alcanzarla no se sacrifiquen desproporcionadamente los intereses de los miembros de la categoría perjudicada o no beneficiada.

La finalidad que pretende lograrse con esta diferenciación, es garantizar que cuando menos un grupo plenamente identificable de ciudadanos pensionistas (los de sesenticinco años o más), tengan asegurado el reajuste anual de sus pensiones. Este objetivo resulta compatible con los principios y valores constitucionales que informan al derecho fundamental a la pensión. Sin embargo, es evidente que las consecuencias jurídicas para el grupo no beneficiado (los menores de sesenticinco años) serían manifiestamente desproporcionadas, si la ausencia de este beneficio anual cierto, implicase la condena a la inexistencia del reajuste sine die.

Este no puede ser el sentido interpretativo atribuible al literal b del artículo 4 de la Ley N° 28449. Debe tenerse presente que la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que

“(…) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos y a las posibilidades de la economía nacional”.

Por ello, que la sostenibilidad financiera del Estado sea un criterio que debe ser considerado al momento de realizar el reajuste periódico de las pensiones de las personas menores de sesenticinco años, no significa que tal criterio pueda impedir que el reajuste tenga lugar. Se trata tan sólo de un factor que condiciona el quantum del reajuste pero no la obligatoriedad de su realización periódica, la cual no podrá extenderse por intervalos de tiempo irrazonable, máxime si la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ordena que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias sea destinado a incrementar las pensiones más bajas.

Este Colegiado se mantendrá atento a que la periodicidad de este reajuste sea interpretada en el sentido antes referido; esto es, como una real obligación y no como una facultad arbitraria que daría lugar a inconstitucionalidades sobrevinientes que, desde luego, serían sancionables por este Tribunal, adoptando las medidas pertinentes que resulten acordes con sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.

En todo caso, considerando que la diferencia de trato prevista en los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449, es susceptible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, la supuesta afectación al principio de igualdad sostenida por los recurrentes, debe ser desestimada.

§5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

142. El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449

Dicho artículo establece:

“La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud”.

143. La dependencia económica como criterio para la obtención de una pensión de sobrevivencia

Al otorgamiento y al monto de la pensión del titular de la pensión (el causante) corresponden criterios individuales relacionados únicamente a su persona (su edad, sus años de aportación, la contingencia a él sucedida). Dicho otorgamiento tiene por finalidad elevar ‘su calidad de vida’ (artículo 10 de la Constitución), además de retribuirle por sus años de labores.

La posibilidad de que el derecho a la pensión de jubilación o cesantía, se proyecte en todo o en parte de su quantum al cónyuge, descendientes o ascendientes, no puede ser enfocada desde una perspectiva sucesoria. Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

En consecuencia, prima facie, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto.

Tal condición puede considerarse cumplida sobre la base de ciertas presunciones. Así, ésta queda satisfecha en el caso de los hijos menores de edad del fallecido o los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, pues, en dicha situación, la dependencia con relación a la pensión que correspondía al causante resulta evidente. Debe entenderse incluso que dicha presunción es iure et de iure, pues conforme reza el artículo 6 de la Constitución

“(…) es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”.

El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 no exige que la viuda acredite su dependencia económica en relación con la pensión de jubilación o cesantía del causante, para obtener una pensión de viudez. Sin embargo, el tratamiento es distinto para el caso del viudo. En efecto, el literal c del referido artículo, exige que el varón

“(…) se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social”

como condiciones para la obtención de la pensión de viudez regulada en los literales a y b.

En tal sentido, corresponde analizar si dicho trato diferenciado constituye una medida discriminatoria en relación con el varón.

144. La igualdad sustancial en el análisis de la diferencia de trato al varón y la mujer viudos

La diferencia de trato que usualmente los regímenes previsionales han dispensado a los hombres y a las mujeres, prima facie, no debe ser enfocada desde la perspectiva formal del derecho a la igualdad en la ley, esto es, como la proscripción constitucional dirigida al legislador de introducir al ordenamiento diferencias de trato entre personas que se encuentran en situación sustancialmente análoga, sin base razonable o proporcional.

Por el contrario, la diferenciación aludida debe ser abordada bajo la directriz material o sustancial que informa al derecho a la igualdad, conforme a la cual existe obligación del Estado de adoptar medidas -comúnmente legislativas- con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; de esta manera, a través de tales medidas de ‘acción positiva’ o ‘de discriminación inversa’, el Estado busca, tal como se señala en el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0002-2003-AI

“(…) revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.

La concreción del derecho fundamental a la pensión corresponde a los operadores jurídicos, en tanto existe un consenso generalizado en nuestro tiempo de que la sanidad, la seguridad social, la salud, la vivienda, la educación y la cultura son necesidades básicas que deben ser satisfechas. Por ello, corresponde a los poderes públicos, ante la desigualdad,

“(…) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean realizables y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su plenitud... Es un mandato para realizar la igualdad material, que obliga a los poderes públicos. No es un consejo y debe ser tenido siempre en cuenta por los operadores jurídicos”⁸³.

La disposición en la que se prevé el compromiso de un Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución), con la consolidación material del principio de igualdad, se encuentra en el artículo 59 de la Carta Fundamental. En efecto, dicho artículo establece que

“(…) el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

145. La cláusula específica de no-discriminación y la razonabilidad en la aplicación de reglas de acción positiva

El análisis de la razonabilidad de la aplicación de reglas de acción positiva se dificulta cuando éstas son tomadas en favor de colectivos y no de individuos. Sin embargo, un criterio de vital importancia que facilita el análisis es la presunción de exclusión social contra determinados colectivos derivada de las cláusulas específicas de no discriminación previstas en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Así, expresamente, dicho dispositivo, proscribire la discriminación

“(…) por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica”,

dejando una cláusula abierta en manos del legislador y del intérprete jurisdiccional al agregar

“(…) o de cualquier otra índole”.

Por lo tanto,

“(…) las cláusulas específicas de no discriminación cumplen principalmente la función de proteger, endureciendo el juicio de igualdad, a determinados colectivos que, por su historia de subyugación y la minusvaloración social a la que se ven sometidos, no pertenecen al grupo dominante que participa, debate y crea las normas jurídicas”. Pero otra consecuencia que se deriva de dichas cláusulas “(…) se concreta en la convalidación constitucional de las medidas que utilizan dicho rasgo para favorecer a los colectivos socialmente perjudicados, es decir, las acciones positivas, siempre dentro de unos límites de proporcionalidad”⁸⁴.

En tal sentido, existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza.

146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincracia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión. Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

Y por este mismo motivo, el Tribunal Constitucional tampoco considera inconstitucional que el legislador no haya exigido que la viuda acredite la dependencia económica en la que se encuentra en relación con la pensión del causante. Resulta claro que ha partido de dicha presunción en base al dato de la realidad descrito supra. Consecuentemente se trata de una auténtica “acción positiva” en favor de la mujer.

147. Razonabilidad de las condiciones exigidas al hombre para la obtención de una pensión de viudez

Pero, entonces, siguiendo el razonamiento expuesto, en modo alguno podría considerarse que cuando se exige que el varón se encuentre ‘incapacitado para subsistir por sí mismo’, para obtener una pensión de viudez, el legislador haya optado por una medida inconstitucional, pues en otras palabras, lo único que se le exige es que acredite haber dependido económicamente de la pensión de viudez de su fallecida cónyuge, supuesto sine qua non para la obtención de una pensión de tal naturaleza, según quedó dicho.

Sin embargo, la norma no sólo exige que el viudo acredite su incapacidad material de subsistencia (la cual, por lo demás, podría ser consecuencia de diversos factores), sino que adicionalmente exige que éste

“(…) carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social”.

Ello, en criterio de este Tribunal, resulta desproporcionado. En efecto, una situación de incapacidad para subsistir por medios propios, entendida como una incapacidad de naturaleza material, distinta, en principio, de la incapacidad civil que da lugar a la declaración de interdicción o al nombramiento de un curador, puede presentarse a pesar de contar con rentas superiores al monto de la pensión de la causante y, ciertamente, también a pesar de encontrarse amparado por algún sistema de seguridad social. Por ello, exigir que estas condiciones se presenten copulativamente resulta manifiestamente innecesario, produciéndose una afectación del derecho a la pensión del viudo.

El único elemento determinante que obliga a que la pensión de viudez sea otorgada, es la existencia de una situación de incapacidad que impida subsistir por propios medios; esto es, que tal incapacidad impida, desde un punto de vista objetivo, que el beneficiado pueda sostenerse y proveerse por sí de determinadas prestaciones como alimentación, vivienda, vestido y salud.

148. La inconstitucionalidad del conector 'y'

Por tal motivo, es preciso declarar la inconstitucionalidad del conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, de forma tal que no pueda interpretarse que todos los supuestos previstos en dicha disposición deban cumplirse copulativamente a efectos de que la pensión sea otorgada, sino que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, deben ser consideradas como criterios de evaluación a ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima.

En todo caso, la carga de la prueba corresponde a la autoridad administrativa, quien será la encargada de acreditar que el pensionista no se encuentra incapacitado materialmente, y que, por lo tanto, no le corresponde acceder a la pensión de viudez.

149. Análisis de constitucionalidad del quantum de la pensión de viudez

El literal a del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, establece que el monto de la pensión de viudez es equivalente al 100% de la pensión del causante en los supuestos en los que ésta no sea mayor a una remuneración mínima vital (S/. 460,00). Si se tiene en cuenta que de conformidad con el inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, la pensión mínima del régimen del Decreto Ley N° 20530 es igual a S/. 415,00, resulta entonces que en ningún caso la viuda(o) recibirá una pensión menor a dicho monto.

Por su parte, el literal b del mismo artículo dispone que la pensión de viudez será igual al 50% de la pensión del causante en los casos en los que ésta sea superior a una remuneración mínima vital (S/. 460,00), supuesto en el cual ésta constituye un tope mínimo.

Así las cosas, en cualquiera de los casos, el monto previsto como pensión de viudez respeta el derecho al mínimo vital como componente del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, motivo por el cual no se incurre en inconstitucionalidad alguna, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con el literal d del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, al monto de la pensión de viudez deberá adicionarse una bonificación mensual equivalente a una remuneración mínima vital, en los casos de invalidez.

§6. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

150. El derecho-deber de los padres de mantener a sus hijos

El artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, establece:

“El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530.

En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada”.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que

“La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje”.

Tal como lo dispone el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530, en ningún caso la suma de los montos de las pensiones de sobrevivencia pueden exceder del 100% de la pensión del causante. Un criterio distinto sería contrario a los principios de razonabilidad y sostenibilidad financiera del Estado.

Sin embargo, el primer párrafo del artículo 35 franquea la posibilidad de que en los supuestos en los que la suma de las pensiones de sobrevivencia concurrentes no excedan del 100% de la pensión del causante, la pensión de orfandad sea equivalente a un 20% de aquel.

Distintos argumentos permiten al Tribunal Constitucional considerar que ello resulta inconstitucional:

- Si se tiene en cuenta que, salvo reducidas excepciones previstas en el Decreto Ley N° 20530 (v.g. los artículos 8, 9 y 10), la pensión de jubilación o cesantía es el único ingreso percibido por el pensionista, y que en el común de los casos, los hijos menores de edad y los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, no se encuentran en capacidad plena para subsistir por sus propios medios, debe presumirse que en dichos supuestos la pensión representa un ingreso indispensable para su subsistencia.

- El legislador se encuentra obligado a considerar que dicha presunción es iure et de iure, pues el artículo 6 de la Constitución, reconoce el derecho y el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

- La norma permite que al fallecimiento del padre y/o la madre se sume un perjuicio adicional al hijo; a saber, la reducción sustancial del monto económico que resulta indispensable para su manutención, lo que implica una afectación manifiesta del derecho fundamental a la pensión, pues lejos de “elevar la calidad de vida” del sobreviviente (artículo 10 de la Constitución), lo condena a ver seriamente mellada su capacidad económica de subsistencia.

- La disposición da lugar a un grave atentado contra el derecho del padre de tener la certeza de que, incluso después de su muerte, su pensión podrá coadyuvar en la educación, alimento y seguridad de sus hijos (artículo 6 de la Constitución).

- El primer párrafo del artículo 35 permite que la pensión de orfandad sea menor a la pensión de viudez, sin que exista base razonable y objetiva que permita presumir que los hijos sobrevivientes quedan en menor grado de necesidad que la viuda(o), tras el fallecimiento del causante.

- El primer párrafo del artículo 35 incurre en una inconstitucionalidad por omisión al no prever expresamente un tope mínimo por debajo del cual no podría situarse el monto de la pensión de orfandad.

En consecuencia, por las razones expuestas es preciso declarar la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530 que dispone:

“El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530.”

Al expulsar del ordenamiento jurídico dicho primer párrafo, el artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, de conformidad con la Constitución, queda con el siguiente texto:

“Artículo 35.- En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada”.

Pero, al propio tiempo, y a efectos de evitar que dicha declaración de inconstitucionalidad genere una inconstitucionalidad mayor ante la ausencia de una disposición que establezca cuál es la pensión de orfandad que corresponde a los hijos del causante, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase ‘de viudez’ de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, debiendo interpretarse aditivamente que los literales a y b de dicho artículo en los que se encuentran los porcentajes que permiten calcular la pensión de viudez, son también aplicables para el cálculo de la pensión de orfandad.

De esta forma, de conformidad con la Constitución, el artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda con el siguiente texto:

“Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud”.

Precisándose que la inclusión de la frase ‘(de viudez u orfandad)’ en el texto no implica un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción iuris tantum de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarlo compatible con la Norma Fundamental. Así la frase ‘(de viudez u orfandad)’ sólo cumple el propósito de incidir en la manera cómo debe ser interpretado el texto a partir de la expedición de la presente sentencia.

Y precisándose, a su vez, que a diferencia de los literales a y b, los literales c y d son sólo aplicables a la pensión de viudez.

De otra parte, considerando que el artículo 78 del Código Procesal Constitucional faculta a este Colegiado a declarar la inconstitucionalidad de aquellas otras normas que sean conexas a las que han sido objeto de impugnación, y en atención a los criterios expuestos, declárese también la inconstitucionalidad de la oración ‘El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante’ del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990. Quedando, de conformidad con la Constitución, de la siguiente forma:

“Artículo 57.- En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30.”

Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘de viudez’ del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990, quedando el texto, de conformidad con la Constitución, de la siguiente forma:

“Artículo 54.- El monto máximo de la pensión (de viudez u orfandad) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante”.

Debiendo interpretarse que el artículo 54 del Decreto Ley N° 19990 es aplicable tanto para el cálculo de la pensión de viudez como de la pensión de orfandad.

Ello teniendo en cuenta que el artículo 62 del Decreto Ley N° 19990 prevé una disposición sustancialmente análoga a la prevista en el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. En efecto, establece que:

“Artículo 62.- Cuando la suma de los porcentajes máximos que corresponden al cónyuge y a cada uno de los huérfanos de conformidad con los artículos 54 y 57, respectivamente, excediese al cien por ciento de la pensión de invalidez o de jubilación que percibía o hubiere tenido derecho a percibir el causante, dichos porcentajes se reducirán, proporcionalmente de manera que la suma de todos los porcentajes así reducidos no exceda del cien por ciento de la referida pensión. En tal caso, las pensiones de viudez y orfandad equivaldrán a los porcentajes que resulten. Para la suma indicada no se tomará en cuenta la bonificación a que se refieren los artículos 55 y 57”.

151. Consideraciones importantes sobre las pensiones de sobrevivientes

Dado que, en el común de los casos, la viuda es, a su vez, madre de los hijos sobrevivientes, tiene el deber de destinar parte de su pensión a velar por el sustento de sus hijos (artículo 6 de la Constitución). Por este motivo, la interpretación que optimiza en mayor grado el reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución), es aquella conforme a la cual en los supuestos en que concurren

una pensión de viudez con pensiones de orfandad, son éstas y no aquella, las que, en aplicación del artículo 25 del Decreto Ley N° 20530, deben reducirse proporcionalmente hasta que la suma de los porcentajes no supere el 100% de la pensión del causante.

De otro lado, dado que la única pensión que tiene naturaleza transmisible es la pensión del titular originario (jubilado, cesante o inválido), no cabe interpretar que el decaimiento o la extinción del derecho a la pensión de alguno de los familiares sobrevivientes (sea la viuda(o) o los hijos), de lugar al aumento del monto de los otros sobrevivientes.

152. Ejemplificación de la aplicación de las nuevas reglas con relación a las pensiones de sobrevivientes

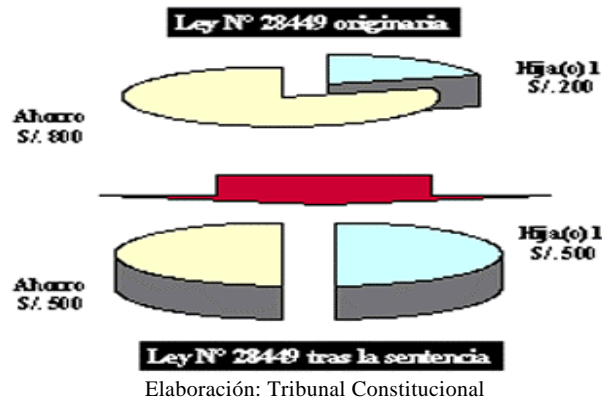
La interpretación sistemática del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 (con su nueva redacción luego de la declaración de inconstitucionalidad de parte de su dispositivo) y el artículo 25 del mismo Decreto Ley, que establece que las pensiones de sobrevivientes sumadas no pueden superar el 100% de la pensión del causante, puede ser mejor ejemplificada de la siguiente forma:

CASO 1:

Padre pensionista fallecido. Sobreviviente: Sólo un hijo huérfano

Según el artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, el hijo recibía el 20% de la pensión del causante. Sin embargo, por la presente sentencia, el hijo único llega a recibir hasta el 50% de dicha pensión.

Gráfico N° 5
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia
CASO 1: (Monto de pensión S/. 1000)

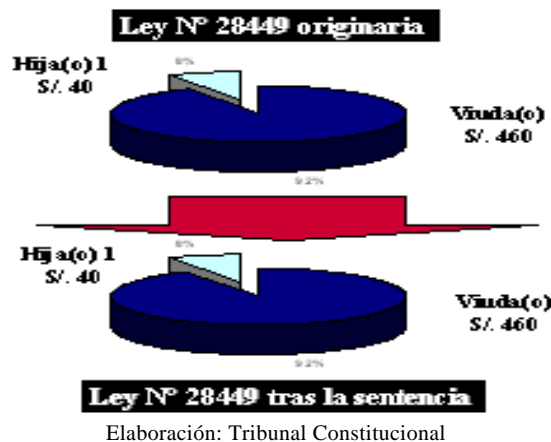


CASO 2:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% no alcanza remuneración mínima vital) y 1 hijo huérfano

Según el artículo 32 inciso b del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, la pensión de un viudo o viuda debe ser igual al 50% de la pensión del causante o a una remuneración mínima vital (S/. 460,00), el que resulte mayor. En consecuencia, en los supuestos en los que a la viuda o viudo le corresponda una remuneración mínima vital como pensión, la diferencia entre este monto y el 100% de la pensión del causante corresponderá a los hijos sobrevivientes.

Gráfico N° 6
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia
CASO 2: (Monto de pensión S/. 500)



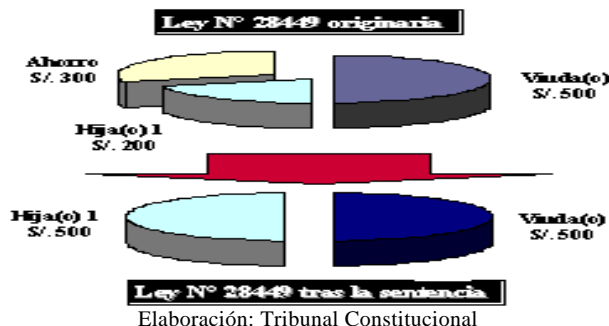
CASO 3:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 1 hijo huérfano

Según los artículos 32 inciso b y 35 del Decreto Ley N° 20530, modificados por el artículo 7 de la Ley N° 28449, en los casos en que corresponda al viudo o viuda una pensión equivalente al 50% de la pensión del causante (monto necesariamente superior a una remuneración mínima

vital), al hijo huérfano correspondía un 20% de la misma. Tras la presente sentencia, al haberse declarado la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, el viudo o viuda recibirá lo mismo, pero al hijo se le aumenta hasta el 50%.

Gráfico N° 7
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia
CASO 3: (Monto de pensión S/. 1000)

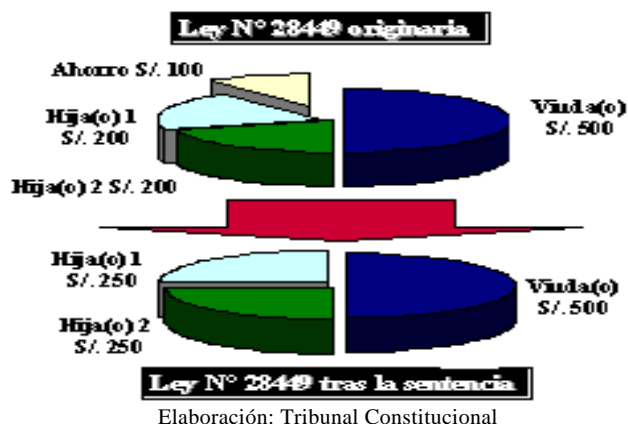


CASO 4:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 2 hijos huérfanos

Partiendo del supuesto planteado en el Caso 3, de ser dos los hijos, antes de esta sentencia cada uno hubiese recibido un 20% de la pensión del causante. Tras la presente sentencia, al haberse declarado la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, cada hijo recibirá el 25%.

Gráfico N° 8
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia
CASO 4: (Monto de pensión S/. 1000)

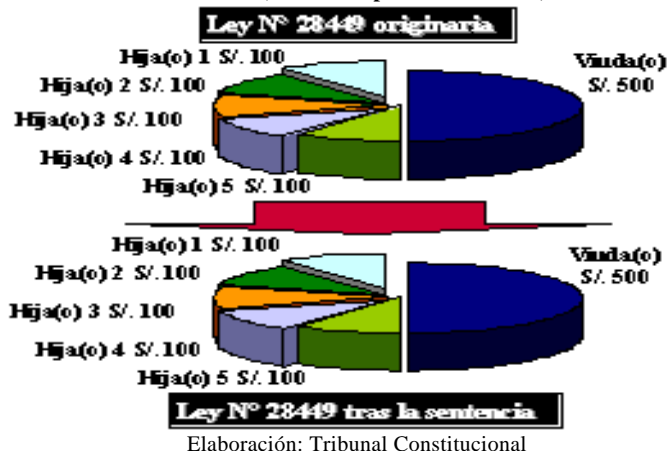


CASO 5:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 5 hijos huérfanos

Partiendo del supuesto planteado en el ejemplo 3, de ser 5 los hijos, antes de esta sentencia cada uno hubiese recibido un 10% de la pensión del causante. Tras la presente sentencia, las reglas se mantienen.

Gráfico N° 9
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia
CASO 5: (Monto de pensión S/. 1000)



153. La razonabilidad del cumplimiento de la edad de veintiún años como causal de extinción de la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores

El literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que:

“Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años”.

La permisón de que los hijos que siguen estudio básico o superior puedan mantener una pensión de orfandad incluso luego de haber cumplido la mayoría de edad, se fundamenta en cuando menos tres criterios concurrentes:

- el derecho y el deber de los padres de mantener a sus hijos (artículo 6 de la Constitución);

- el reconocimiento de la educación como un derecho y una garantía institucional del Estado social y democrático de derecho, que ‘promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte’, y que ‘[p]repara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad’ (artículo 14 de la Constitución); y,

- la consideración de orden fáctico, según la cual, en el común de los casos, los hijos mayores de edad que siguen estudio básico o superior, no tienen la experiencia ni el tiempo que permitan generar un ingreso suficiente para cubrir tales estudios, además de sus necesidades básicas.

De ahí que exista una presunción de que en el caso de pensionistas con hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, el monto de la pensión representa un ingreso indispensable.

En tal sentido, la finalidad primordial del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530 consiste en que los hijos que sigan estudios básico o superior, puedan mantener el ingreso que les permita afrontar sus necesidades básicas, esto es, el ingreso que, en última instancia, les asegure, durante dicha etapa, mantener una vida acorde con el principio-derecho de dignidad.

Sucede que la medida que el legislador ha adoptado para alcanzar ese fin no resulta idónea, pues no se toma como referencia para el decaimiento de la pensión el momento en el que el hijo culmina sus estudios, sino la fecha en la que cumple veintiún años. En tanto es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto.

Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase ‘hasta que cumplan los veintiún (21) años’ del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...).”

De otro lado, en tanto que el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que se extingue automáticamente la pensión por

“(…) b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de las pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley.”,

por conexidad y en atención a lo recién expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase ‘en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años’.

Asimismo, en tanto que el artículo supedita la vigencia de la pensión al hecho de proseguir estudios ‘universitarios’, corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta última palabra, por excluir, sin que exista un fundamento objetivo y razonable que lo justifique, a las personas que siguen estudios superiores distintos de los universitarios, tales como carreras técnicas, estudios en centros de educación ocupacional, en institutos militares, entre otros. En este aspecto, la disposición no sólo resulta discriminatoria y, por ende, contraria al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, sino que también resulta incompatible con el derecho fundamental a la educación (artículo 14 de la Constitución) que inspira la finalidad de la disposición.

Consecuentemente, el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda, de conformidad con la Constitución, con el siguiente texto:

“Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

(...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley”.

Asimismo, también por conexidad y en atención a lo expuesto, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años’ del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“Artículo 56.- Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) [S]iempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...).”.

154. Supuestos excluidos de la aplicación del literal a del artículo 34 y del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530

Dada la finalidad de los literales a y b de los artículos 34 y 55 del Decreto Ley N° 20530, respectivamente, este Tribunal considera que no cabe interpretar que entre los supuestos protegidos por la norma se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, debe interpretarse que la disposición contiene una norma implícita de exclusión, conforme a la cual el beneficio no alcanza a aquellos hijos que no sigan sus estudios de manera satisfactoria, dentro del periodo regular lectivo.

En efecto, el deber del Estado de promover la educación, coadyuvando económicamente al educando al permitirle gozar de la pensión de orfandad a pesar de haber cumplido la mayoría de edad, exige como contrapartida, el deber del beneficiario de mostrar un especial esfuerzo en la culminación exitosa de sus estudios. Objetivo vital del Estado social y democrático de derecho es el redimensionamiento de las conductas humanas, a fin de obtener compromisos de acción y no sólo de omisión con los principios y los derechos sociales. Si bien, por antonomasia, tal compromiso es exigible a los poderes públicos, también recae en los propios particulares, máxime si se trata de los supuestos de su propio bienestar.

C. CRITERIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS

§1. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PENSIONARIA DE DEFENDER Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN

155. La entidad encargada de administrar el régimen de pensiones a cargo del Estado

El artículo 10 de la Ley N° 28449 establece que el Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Esta norma tan sólo regula la materia reservada por el artículo 11 de la Constitución en el extremo que dispone que

“(…) la ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”

por lo que no incurre en inconstitucionalidad alguna.

156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, sólo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.

157. El efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional

Este Tribunal es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 201 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por su parte, el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, dispone que:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.”

En consecuencia, es obligación del Ministerio de la Economía y Finanzas implementar un sistema eficiente que permita la correcta y adecuada administración del régimen, lo que implica un sistema de sanciones a aquellos funcionarios que insistan en una inconstitucional aplicación de las normas legales sobre derechos previsionales. Sobre el particular, es conveniente recordar cómo la Oficina de Normalización Previsional, de modo reiterado, ha venido emitiendo resoluciones contrarias a la jurisprudencia constitucional, a pesar de conocerla perfectamente.

§2. EL DESTINO DEL AHORRO

158. Según el demandado, con la reforma del régimen pensionario habría justicia redistributiva

El demandado afirma que las nuevas reglas impuestas terminan consolidando al Estado social y democrático de derecho. En concreto, refiere que con dichas normas:

“1. Se sientan las bases de una redistribución económica importante que elimina distorsiones insultantes en los montos pensionarios en un Estado pobre como el peruano.

2. Como consecuencia de lo anterior y conforme a la Ley N° 28449, se introduce un elemento de justicia social: se posibilita el aumento en la base de aquellos pensionistas del régimen del D.L. 20530 que perciben menos de una RMV (S/. 415.00), así como se produce un aumento a aquellos que perciben pensiones menores de S/. 800.00.

3. Por lo tanto, se postula una progresividad en el ejercicio real de los derechos pensionarios del conjunto de pensionistas del régimen del D.L. N° 20530 y no solo de un sector de ellos, como era antes de la reforma.

4. La reforma permite ampliar a mayores sectores las prestaciones del régimen de pensiones”⁸⁵.

El Tribunal Constitucional comparte los criterios sostenidos por el demandado. Sin embargo, considera preciso incidir en determinados aspectos que deberán tenerse en cuenta para lograr que los objetivos plasmados en el plano teórico, se puedan concretar en el terreno práctico.

159. El Fondo para la Asistencia Previsional

La Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449 establece que los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación de topes a las pensiones, serán transferidos bajo responsabilidad al Fondo para la Asistencia Previsional para financiar los incrementos detallados en dicha disposición.

Por su parte, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al regular el ahorro presupuestal, señala que aquel será destinado a incrementar las pensiones más bajas. Si bien esta última disposición no puede ser interpretada en el sentido de que la totalidad de dicho ahorro se destine específicamente a elevar las pensiones (aunque sí su parte más significativa), en la medida que la razón fundamental de la reforma constitucional consiste en optimizar el derecho a la pensión, lo que sí resulta imperativo es que la totalidad de dichos fondos se destine a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual implica, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, etc.

La interpretación del cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reseñada, resulta vinculante para todos los poderes públicos, de manera tal que será inconstitucional todo acto mediante el cual se destine parte de los recursos que provengan de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, a asuntos que no se encuentren directamente relacionados con la optimización del sistema de seguridad social del Estado.

160. La intangibilidad de los recursos transferidos

Asimismo, debe recordarse que el Fondo para la Asistencia Previsional precitado, goza de la garantía de intangibilidad prevista en el artículo 12 de la Constitución. Sobre el particular debe advertirse que el Decreto de Urgencia N° 034-98, que crea el FONAHPU -para el caso de las pensiones derivadas del Decreto Ley N° 19990-, establece en su artículo 2.3 dicha característica.

Además, el derecho al cobro de la pensión es de naturaleza imprescriptible, motivo por el cual el pago de la pensión generada, en tanto no se realice, queda garantizado por el Fondo previsto en la Ley.

161. La función de la Contraloría General de la República

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución, la Contraloría General de la República

“Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.”

Consecuentemente, es deber de esta entidad estatal supervisar no sólo la intangibilidad de los fondos provenientes de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, sino también que dicho ahorro se encuentre destinado de manera exclusiva a la optimización del sistema de seguridad social, de conformidad con los criterios expuestos supra.

162. El costo económico de la sentencia

El fallo del Tribunal se encuentra respetando el principio de constitucionalidad objetivo referido al equilibrio presupuestal del artículo 78 de la Constitución (mayor desarrollo del mismo en el fundamento 50) y el principio de constitucionalidad subjetivo referido a la observancia del derecho fundamental a la pensión digna de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

Para proteger ambos bienes constitucionales este Colegiado los ha limitado recíprocamente, de manera razonable -y proporcional-, inbuído del mandato del poder constituyente de respetar los derechos de la persona humana en el marco del ordenamiento jurídico-constitucional.

Por lo tanto, este Colegiado considera un deber implícito en su tarea de control de la Constitución, demandar a los poderes del Estado para que definan los medios que hagan efectiva esta sentencia⁸⁶, frente al hipotético caso de reducción del ahorro presupuestal con la declaración de inconstitucional parcial de la Ley N° 28449.

§3. LA UNIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES PENSIONARIOS

163. El principio de unificación progresiva

El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva.

Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución.

(*) De conformidad con el Resolutivo N° 1 de la Resolución del Tribunal Constitucional en relación al Expediente N° 0050-2004-AI-TC, publicada el 14 Julio 2005, se declarara FUNDADA EN PARTE la solicitud de aclaración presentada por el Colegio de Abogados del Cusco. En consecuencia, incorpórese a los fundamentos de la sentencia de autos, el considerando 7 de la presente resolución.

"7. En concreto, los demandantes acusan que la referida disposición vulnera el principio de igualdad, pues permite que los jueces se mantengan incorporados al régimen del Decreto Ley N° 20530, "pese a no reunir todos los requisitos para obtener una pensión, como lo es el cese" (sic).

Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente desde el 4 de diciembre de 1991, establece que:

"Los Magistrados incluidos en la carrera judicial, sin excepción, están comprendidos en el régimen de pensiones y compensaciones que establece el Decreto Ley N° 20530 y sus normas complementarias, siempre que hubieran laborado en el Poder Judicial por lo menos diez años. (...)".

En consecuencia, cuando la SDT de la Ley N° 28449, permitió que los Magistrados que cuenten con más de 10 años de servicios dentro de la respectiva carrera, se mantengan incorporados en el régimen del Decreto Ley N° 20530, no introdujo ningún trato discriminatorio con relación al resto de pensionistas de dicho régimen, pues, al igual que el trato que el artículo 2 de la misma Ley dispensa a estos, la SDT permitió que, una vez cumplidos los requisitos previstos en el ordenamiento para obtener una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530 (contar con más de 10 años de servicios dentro de la carrera judicial), los jueces se mantengan incorporados en él; a condición de que hubiesen presentado su solicitud dentro de los 90 días hábiles contados a partir de la vigencia de la Ley N° 28449, plazo que a la fecha se encuentra vencido.

Debe insistirse -tal como se estableció en el Fundamento 129 de la sentencia de autos- en que lo expuesto

"dista mucho de considerar que una nueva ley, dentro de los límites constitucionales y sobre la base de razones proporcionales, razonables y objetivas, no pueda reducir, a partir de su vigencia, las pensiones que en el futuro serán otorgadas a algunos pensionistas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530.

Ello implicaría, de un lado, negar la capacidad de la fuente legal (hoy constitucionalmente reconocida en el artículo 103 de la Constitución) de regular hechos, no sólo que aún no terminan de consumarse, sino que, en estricto, aún no se inician; y de otro, reconocer la calidad de derecho adquirido a un monto específico de las pensiones o a una pensión nivelable, lo que carece actualmente de sustento constitucional."

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar INFUNDADAS las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389. Por cuanto:

A) Por la forma, se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

B) Por el fondo, se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (artículo 11) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria. Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (artículo 10) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (artículo 2 inciso 2) y a la propiedad (artículo 70) de los pensionistas.

2. Declarar FUNDADAS EN PARTE las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449. En consecuencia, DECLÁRESE LA INCONSTITUCIONALIDAD:

A) Del conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449, de forma tal que deba interpretarse que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, como condición para el otorgamiento de una pensión de viudez al hombre, sean consideradas como criterios de evaluación que deben ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima, según los fundamentos 147 y 148.

B) De la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, según el fundamento 153, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...)"

Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años' del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, así como también la palabra 'universitarios' del mismo literal, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:
(...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley (...)"

Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990. Quedando redactado de la siguiente forma:

"Artículo 56.- Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) [S]iempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...)"

b) Para los hijos inválidos mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo".

C) Del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, según el fundamento 150, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"Artículo 35.- En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada".

Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la oración 'El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante' del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“Artículo 57.- En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30.”

D) De la frase ‘de viudez’ de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, según el fundamento 150, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud”.

Se precisa que la inclusión de la frase ‘(de viudez u orfandad)’ en el texto no supone un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción iuris tantum de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarla compatible con la Norma Fundamental.

Por conexidad, declárese la inconstitucionalidad de la frase ‘de viudez’ del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“Artículo 54.- El monto máximo de la pensión (de viudez u orfandad) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante”.

3. Se INTERPRETA, de conformidad con el fundamento 154, que entre los supuestos protegidos por el literal a del artículo 34 y el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, no se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, se INTERPRETA que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores queda extinguida, cuando tales estudios no se sigan de modo satisfactorio, y dentro del periodo regular lectivo.

4. Se INTERPRETA que, de conformidad con el fundamento 159, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tiene el sentido de que la totalidad del ahorro proveniente de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, debe ser destinado a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual supone, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, entre otros.

5. Se EXHORTA al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, al que se hace alusión en el último párrafo del fundamento 126, teniendo presente que dicha omisión no puede ser interpretada en el sentido de que la falta de comunicación del trabajador dentro de los noventa días previstos en la norma, implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, ni tampoco que ello suponga que el trabajador queda fuera de todo régimen previsional.

6. Declarar INFUNDADAS las demandas en lo demás que contienen.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

ANEXO 10

EXP. N.º 1417-2005-AA/TC

LIMA

MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes julio de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández, contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 148, su fecha 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Manifiesta que cesó en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal; sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N.º 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. Agrega que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acredita los exigidos por la legislación vigente, razón por la que solicita el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

La demandada deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y solicita que se declare improcedente la demandada, por considerar que la vía del amparo no es la adecuada para dilucidar la pretensión del recurrente, siendo necesario acudir a la vía judicial ordinaria donde existe una estación probatoria.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en los años 1964 y 1965, ordenando su reconocimiento y la verificación del período de aportaciones de 1973 a 1992, respecto del cual no se ha emitido pronunciamiento administrativo.

La recurrida reformó la apelada declarándola improcedente, por estimar que es necesario que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.

FUNDAMENTOS

1. El inciso 2) del artículo 200º de la Constitución, establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

§1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

“ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la

propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

5. 5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que
- “[n]uestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una ‘enumeración abierta’ de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.
- Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.
- El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar” (STC 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 13 a 15).
- Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.
6. 6. Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para
- “designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p 31)
7. 7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§2. Proceso de amparo y derechos fundamentales

8. 8. Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5º que los procesos constitucionales no proceden cuando

“[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38º del CPCConst., establece que éste no procede

“en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del CPCConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales *de la libertad*. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Sin embargo, es preciso que este Tribunal analice, de un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado, y de otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho, como presupuestos procesales del proceso de amparo.

§2.1 Los derechos de sustento constitucional directo

9. 9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38º del CPCConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79º del CPCConst., establezca que

“[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

10. Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.
- Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

§2.2 Los derechos fundamentales de configuración legal

11. Las distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de “libre configuración de la ley por el legislador”, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

§2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

14. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

15. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución, “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44° de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.
17. Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.
18. Debe recordarse que

“toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (*Morón Díaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668*). (...).

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).

19. 19. Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana.

§2.4 El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales

20. 20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales” (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41)
21. 21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación modular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

22. 22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental.

§2.5 La estructura de los derechos fundamentales: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental

23. 23. Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone en su *Teoría de los derechos fundamentales*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), “todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76).

De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental.

24. 24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

25. 25. Tal como refiere el mismo Bernal Pulido, “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”. (Op. cit. pág. 80. Un criterio similar, Cfr. Alexy, Robert. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*, D&L, Nro. 8, 2000, pág. 12 y ss.).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales *en sentido estricto*, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

26. 26. Estas atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales *de la libertad* (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data).

27. 27. Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias:

- a) a) A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución, pretenda que se reconozca como legítimo el insulto proferido contra una persona, pues se estaría

vulnerando el contenido protegido por el derecho constitucional a la buena reputación, reconocido en el inciso 7° del mismo artículo de la Constitución.

En consecuencia, la demanda de amparo que so pretexto de ejercer el derecho a la libertad de expresión pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, pues ella no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por tal derecho; o, dicho de otro modo, se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 2° constitucional.

- b) b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional *de la libertad*, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, *contrario sensu*, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales *de la libertad* son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200° de la Constitución y del artículo 38° del CPCConst., a los procesos constitucionales *de la libertad* es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

Lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento 11 y ss. *supra*, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino, justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que *prima facie* las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Münch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana,

“manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando” (Von Münch, Ingo. *La dignidad del hombre en el derecho constitucional*. En:

Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 2, Nro. 5, mayo – agosto, 1982, pág. 21).

§3. La garantía institucional de la seguridad social

28. 28. El artículo 10° de la Constitución reconoce

“el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Por su parte, el artículo 11° constitucional, estipula la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

29. 29. Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 54 de la STC 0050-2004-AI/0051-2004-AI/0004-2005-AI/0007-2005-AI / 0009-2005-AI (acumulados)

“La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’”.

La seguridad social

“es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones” (STC 0011-2002-AI, Fundamento 14).

30. 30. Su condición de sistema institucionalizado imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio *mutatis mutandis* aplicable al contexto constitucional peruano, ha señalado que la seguridad social es una garantía institucional

“cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 37/1994, Fundamento 3).

§4. El derecho fundamental a la pensión

31. 31. Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental, no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2°, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tales

el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11°, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10°.

32. 32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión

“tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 74)

“Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

‘(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’.

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 76).

§4.1 El derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal

33. 33. Tal como ha referido este Colegiado

“[e]l artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 73).

34. 34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional,

“Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120).

35. 35. Así las cosas, cuando el inciso 20) del artículo 37° del CPConst. establece que el amparo procede en defensa del derecho a la pensión, ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema previsional público o privado, habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues un razonamiento en ese sentido apuntaría a una virtual identidad entre derecho legal y derecho constitucional de configuración legal, lo que a todas luces resulta inaceptable.

§4.2 Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

36. 36. El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11°) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.

37. 37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

- a) a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por

tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

- b) b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegido comparte, el derecho a la pensión

"adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- c) c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir,

"aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado "pensión mínima", asciende a \$/ 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

- d) d) Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
- e) e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental *relacional*, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

- f) f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

"no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado". (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

- g) g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

§5. Determinación de la procedencia de la pretensión en la presente causa

38. 38. Analizados los componentes que por derivar directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, merecen protección a través del proceso de amparo, corresponde analizar si la pretensión en el presente caso se encuentra referida a alguno de dichos ámbitos y si, en consecuencia, corresponde expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

39. 39. En el presente caso el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, que le fue denegada porque a juicio de la ONP no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtener el derecho. En consecuencia, al recurrente le ha sido denegada la pensión, a pesar de que, según alega, cumple con los requisitos legales para obtenerla. Consecuentemente, la pretensión del recurrente ingresa dentro del supuesto previsto en el Fundamento 37.b, motivo por el cual este Colegiado procede a analizar el fondo de la cuestión controvertida.

§6. Análisis del agravio constitucional alegado

40. 40. El segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Ley N.° 19990, el artículo 1° Decreto Ley N.° 25967 y el artículo 17° de la Ley N.° 24514, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que en los casos de reducción o despido total del personal, tienen derecho a pensión de jubilación los trabajadores afectados que: i) tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, según sean hombres o mujeres; ii) acrediten por lo menos 20 años de aportaciones; y, iii) el empleador haya sido autorizado por el Ministerio de Trabajo para despedir a su personal luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley N.° 24514, sustitutoria del Decreto Ley N.° 18471.
41. 41. Este Tribunal ha precisado en reiteradas ejecutorias, que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que para la calificación de las pensiones se debe tener en cuenta que:
- a) a) A tenor del artículo 57° del Decreto Supremo N.° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N.° 19990, los períodos de aportación no pierden su validez, excepto en los casos de caducidad de las aportaciones declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas con fecha anterior al 1 de mayo de 1973. En ese sentido, la Ley N.° 28407, vigente desde el 3 de diciembre de 2004, recogió este criterio y declaró expedito el derecho de cualquier aportante para solicitar la revisión de cualquier resolución que se hubiera expedido contraviniendo lo dispuesto en los artículos 56° y 57° del decreto supremo referido, Reglamento del Decreto Ley N.° 19990.
- b) b) En cuanto a las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11° y 70° del Decreto Ley N.° 19990 establecen, respectivamente, que “Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)”, y que “Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7° al 13°, aún cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”. Más aún, el artículo 13° de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7.° de la Resolución Suprema N.° 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe “Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley”.
42. 42. En ese sentido, para acreditar la titularidad de derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que configuran el derecho, el demandante ha acompañado una serie de documentos, respecto de los cuales este Tribunal determina los siguiente:

42.1. Edad

- 1) 1) Copia de su Documento Nacional de Identidad, con el cual se constata que nació el 16 de junio de 1945, y que, por tanto, cumplió la edad requerida para la pensión reclamada el 16 de junio de 2000.

42.2 Años de aportaciones

- 1) 1) Copia de la Resolución N.° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 (Expediente N.° 01300311802) y del Cuadro de Resumen de Aportaciones, de donde se evidencia que en aplicación del artículo 95° del Decreto Supremo N.° 013-61-TR, Reglamento de la Ley N.° 13640, la ONP desconoció la validez de las aportaciones realizadas durante 1 año y 1 mes en los años 1964 y 1965, y decidió no continuar su labor inspectiva porque presumió que el demandante no acreditaría el mínimo de años de aportaciones requeridos.
- 2) 2) Copia de dos Certificados de Trabajo expedidos por Motor Perú S.A. en el año 1992, en papel membretado y en formato del IPSS, y adicionalmente, otro Certificado de Trabajo otorgado en el año 1994 por Motor Perú S.A. en liquidación, en todos los cuales se certifica que el demandante trabajó en la empresa desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 25 de mayo de 1992, es decir, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días.

42.3 Autorización de la Autoridad de Trabajo y afectación por reducción de personal

- 1) 1) Copia de la Resolución Sub-Directoral N.° 018-92-ISD-NEC y la Resolución Directoral N.° 046-92-DR-LIM, del 21 de febrero y 24 de marzo de 1992, respectivamente, en las que consta la autorización de la Autoridad de Trabajo para que Motor Perú S.A. reduzca personal al haber acreditado causal económica conforme a lo señalado en la Ley N.° 24514.
- 2) 2) Copia del Acta de Extraproceso de fecha 3 de julio de 1992, suscrita ante el Director Regional de Trabajo de Lima, por los representantes de Motor Perú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, en la cual se transcribe la relación del personal afectado por la reducción de personal, entre los que se encuentra el demandante. Asimismo, el cronograma de pago de los beneficios sociales que se entregará conjuntamente con el certificado de trabajo, previa presentación de las cartas de renuncia de los trabajadores con fecha 25 de mayo de 1992.

43. 43. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que aun cuando en el proceso de amparo no se encuentra prevista una etapa probatoria, el demandante ha presentado suficiente medios probatorios que no requieren actuación (artículo 9° del CPConst.), que demuestran: i) que cumple con el requisito de edad exigido para obtener la pensión solicitada; ii) que fue cesado en el empleo por causal de reducción de personal; y, iii) que teniendo en cuenta su tiempo de servicios en Motor Perú S.A. –corroborados previamente por la Autoridad de Trabajo– y las aportaciones realizadas durante el período cuya validez indebidamente no se reconoció, acredita por lo menos 20 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

En tal sentido, ha acreditado que reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada, y consiguientemente, que se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe reconocer su derecho a la pensión de jubilación y disponer su percepción desde la fecha en que se verifica el agravio constitucional, es decir, en la fecha de la apertura del expediente N.° 01300311802 en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

Adicionalmente, se debe ordenar a la ONP que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo a la tasa señalada en el artículo 1246.° del Código Civil, y proceda a su pago, en la forma y modo establecido por el artículo 2.° de la Ley N.° 28266.

§7. Precedente vinculante

44. 44. Es evidente que con relación al derecho fundamental a la pensión reconocido en el artículo 11° de la Constitución, en la jurisprudencia de este Tribunal ha existido un criterio de procedibilidad más flexible que aquel desarrollado en el Fundamento 37 *supra*. Ello, en su momento, se encontraba plenamente justificado en aras de proyectar desde la jurisprudencia de este Colegiado las pautas de interpretación que permitan convertir al sistema de seguridad social, y, concretamente, al derecho fundamental a la pensión, en uno plenamente identificado con los principios constitucionales que lo informan (dignidad, igualdad y solidaridad).
45. 45. Las materias que son competencia de la jurisdicción constitucional no se desarrollan sobre un espectro rígido e inmutable. Por el contrario, la incontestable ligazón existente entre realidad social y Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. Sólo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y sólo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.
46. 46. El Tribunal Constitucional considera que dicho cometido ha sido cubierto con la abundante jurisprudencia emitida en materia pensionaria, motivo por el cual considera pertinente, a partir de la presente sentencia, restringir los criterios de procedibilidad en dicha materia sobre la base de pautas bastante más identificadas con la naturaleza de urgencia del proceso de amparo.
47. 47. En tal sentido, este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el Fundamento 37 *supra* para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11° de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.
48. 48. Por lo demás, dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPConst.).

El artículo III del Título preliminar del CPConst. establece la obligación del juez constitucional de

“adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

49. 49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente.

§8. Vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión

50. 50. No obstante, en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios que procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse las pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional. Asimismo, debe determinar las reglas necesarias para encausar las demandas de amparo en trámite cuya improcedencia debe ser declarada tras la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

51. 51. La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo. En efecto, en tanto que es la Administración Pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren contrarios a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1° de la Ley N.° 27584.

“La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. (...)”

52. 52. Por ende, en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3° de la Ley N.° 27584 establece, de conformidad con el principio de exclusividad, lo siguiente:

“las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”,

es decir, salvo en los casos en los que la actuación (u omisión) de la Administración Pública genere la afectación del contenido directamente protegido por un derecho constitucional.

53. 53. De conformidad con los artículos 8° y 9° de la Ley N.° 27584 es competente para conocer la demanda el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (o el Juez Civil o Mixto en los lugares en que no exista Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnable, a elección del demandante.

§9. Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en esta sentencia

54. 54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 *supra*, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá autocararse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).

Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional al que se ha hecho alusión en el Fundamento 48 *supra*.

55. 55. Por otra parte, en aplicación del principio *pro actione* que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, dado que la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia Administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho, sería manifiestamente contrario al principio de razonabilidad y al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, exigir el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los que resulta evidente que la propia Administración se ha ratificado en la supuesta validez del acto considerado ilegal.

56. 56. Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18º de la Ley N.º 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.

57. 57. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, conforme al cual:

“Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.”

58. 58. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzque pertinentes; máxime si el artículo 22º de la Ley N.º 27584, establece que:

“Al admitir a trámite la demanda el Juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnada.

Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente (...).

El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil.”

Dicho artículo del Código Procesal Civil, establece:

“El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”

Por su parte, el artículo 29º de la Ley N.º 27584, dispone:

“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.”

§10. Vulneración continuada y ausencia de plazos de prescripción en asuntos que versen sobre materia pensionaria

59. 59. Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública, deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante —en criterio que *mutatis mutandis* es aplicable a cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo que prevea plazos de prescripción o caducidad— que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptivos o de caducidad.

En tal sentido, en los casos de demandas contencioso administrativas que versen sobre materia pensionaria, el Juez se encuentra en la obligación de considerar el inicio del cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 17º de la Ley N.º 27584, a partir del mes inmediatamente anterior a aquel en que es presentada la demanda, lo que equivale a decir, que, en ningún caso, podrá declararse la improcedencia de tales demandas por el supuesto cumplimiento del plazo de caducidad.

§11. Jurisprudencia vinculante y exhortación

60. 60. Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado.
61. 61. Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y a crearlos en el resto de Distritos Judiciales de la República, a efectos de atender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la expedición de la presente sentencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica,

HA RESUELTO

1. 1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. 2. Declarar la **NULIDAD** de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990.
3. 3. Ordena que la entidad demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes, conforme a los Fundamentos 40 a 43 *supra*.
4. 4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.
5. 5. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, previstas en los Fundamentos 54 a 58 *supra*, resultan vinculantes tanto para los Jueces que conocen los procesos de amparo, como para los Jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas.
6. 6. Se **EXHORTA** al Poder Judicial, para que, de conformidad con el Fundamento 61 *supra*, aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de Distritos Judiciales de la República.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

ANEXO 11

CASO DE LOS CINCO PENSIONISTAS VS PERÚ

SENTENCIA 28 DE FEBRERO DE 2003

Los demandantes refieren el incumplimiento por parte del Estado de Perú de varias sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia (1994) y el Tribunal Constitucional de Perú (1998), las cuales resolvieron que la Superintendencia de Banca y Seguros estaba obligada a restituir a Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz- Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreira su derecho a disfrutar una pensión de acuerdo con el régimen legal del Decreto Ley N° 20530 al que pertenecían.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por unanimidad,

1. Declara que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz- Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, y Reymert Bartra Vásquez, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 93 a 121 de la presente Sentencia.
2. Declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz- Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, y Reymert Bartra Vásquez, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 125 a 141 de la presente Sentencia.
3. Declara que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señaladas en los puntos resolutivos anteriores, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 161 a 168 de la presente Sentencia.
4. Declara que la presente Sentencia constituye *per se* una forma de reparación para las víctimas, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 180 de la presente Sentencia.
5. Decide que las consecuencias patrimoniales que pudiera tener la violación al derecho a la propiedad privada, deberán establecerse, en los términos de la legislación interna, por los órganos nacionales competentes.
6. decide que el Estado debe realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos en el desarrollo de las acciones de garantía interpuestas por las víctimas.
7. Decide, por equidad, que el Estado debe pagar, a las cuatro víctimas y a la viuda del señor Maximiliano Gamarra Ferreyra, de conformidad con lo indicado en el párrafo 180 de la presente Sentencia, la cantidad de US\$ 3.000,00 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño inmaterial. El Estado deberá proceder a cumplir con lo establecido en el presente punto resolutivo en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.
8. Decide que el Estado deberá pagar la cantidad total de US\$ 13.000,00 (trece mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y la cantidad total de US\$ 3.500,00 (tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 182 de la presente Sentencia.
9. Declara que los pagos de la indemnización por concepto de daño inmaterial y el de las costas y gastos establecidos en la presente Sentencia, no podrán ser objeto de impuesto o tasa actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro.
10. Declara que el Estado deberá cumplir la presente Sentencia dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de ésta.
11. Declara que, en caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada que corresponderá al interés bancario moratorio en el Perú.
12. Decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en ella. Dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento a esta Sentencia, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 186 de la misma.

REVISTA

de la
COMISIÓN
ECONÓMICA
PARA
AMÉRICA LATINA
Y EL CARIBE

CEPAL

NÚMERO 89
AGOSTO 2006
SANTIAGO DE CHILE

OSCAR ALTIMIR
Director

REYNALDO BAJRAJ
Director Adjunto



NACIONES UNIDAS

CEPAL

La *Revista de la CEPAL* se fundó en 1976 y es una publicación cuatrimestral de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, de las Naciones Unidas, con sede en Santiago de Chile. Goza, ello no obstante, de completa independencia editorial y sigue los procedimientos y criterios académicos habituales, incluyendo la revisión de sus artículos por jueces externos independientes. La *Revista* se distribuye a universidades, institutos de investigación y otras organizaciones internacionales, así como a suscriptores individuales, y su texto en internet es ampliamente consultado.

El objetivo de la *Revista* es contribuir al examen de los problemas del desarrollo socioeconómico de la región, con enfoques analíticos y de políticas, en artículos de expertos en economía y otras ciencias sociales, tanto de Naciones Unidas como de fuera de ella. Por consiguiente, la Dirección de la *Revista* extiende una invitación permanente a someter para publicación artículos que analicen diversos aspectos del desarrollo económico y social de América Latina y el Caribe.

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son las de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de la organización. Las denominaciones empleadas y la forma en que aparecen presentados los datos no implican, de parte de la Secretaría, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o linderos.

La suscripción anual (tres números) a la *Revista de la CEPAL* en español cuesta 30 dólares y la suscripción por dos años, 50 dólares. Los precios de la *Revista* en inglés son de 35 y 60 dólares, respectivamente. El precio del ejemplar suelto en español o inglés es de 15 dólares, incluidos los gastos de envío.

El formulario de suscripción se encuentra en la *Revista* inmediatamente antes de la sección "Publicaciones recientes de la CEPAL" y en la página web de la CEPAL (www.cepal.org).

El texto completo de la *Revista* puede también obtenerse en dicha página web en forma gratuita.

Notas explicativas

En los cuadros de la presente publicación se han empleado los siguientes signos:

- ... Tres puntos indican que los datos faltan o no están disponibles por separado.
- La raya indica que la cantidad es nula o despreciable.
- Un espacio en blanco en un cuadro indica que el concepto de que se trata no es aplicable.
- Un signo menos indica déficit o disminución, salvo que se especifique otra cosa.
- . La coma se usa para separar los decimales.
- / La raya inclinada indica un año agrícola o fiscal, p. ej., 2004/2005.
- El guión puesto entre cifras que expresan años, p. ej., 2004-2005, indica que se trata de todo el período considerado, ambos años inclusive.

Salvo indicación contraria, la palabra "toneladas" se refiere a toneladas métricas, y la palabra "dólares", a dólares de los Estados Unidos. Las tasas anuales de crecimiento o variación corresponden a tasas anuales compuestas. Debido a que a veces se redondean las cifras, los datos parciales y los porcentajes presentados en los cuadros no siempre suman el total correspondiente.

Publicación de las Naciones Unidas
ISSN impreso 0252-0257 - ISSN electrónico 1682-0908
ISBN 92 1 322912 7

LC/G. 2312-P

Copyright © Naciones Unidas 2006, agosto de 2006. Todos los derechos están reservados.

Impreso en Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción. En todos los casos, las Naciones Unidas seguirán siendo el titular de los derechos de autor y así deberá hacerse constar en las reproducciones mediante la expresión "© Naciones Unidas 2006", o el año correspondiente.

Brechas del Estado de bienestar y reformas a los sistemas de pensiones en América Latina

Andras Uthoff

Los sistemas de pensiones en América Latina se han organizado bajo esquemas contributivos tripartitos, con aportes de empleadores, empleados y el Estado. Su cobertura ha sido segmentada y muy baja porque un porcentaje significativo de su mercado de trabajo está compuesto por sectores de subsistencia, con baja productividad y un acceso precario e inestable a relaciones comerciales y financieras (asociados a empleos precarios, niveles bajos de ingreso y alta incidencia de la pobreza). Como resultado, los sistemas contributivos excluyen a una gran parte de los trabajadores y sus familiares de las prestaciones contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, observándose grandes diferencias de cobertura entre los sectores formales e informales. El principal desafío hoy es el de lograr que los sistemas de pensiones incluyan de manera eficiente el financiamiento solidario, para combinar esquemas contributivos y no contributivos bajo la lógica de la seguridad social.

Andras Uthoff

Director técnico

División de Desarrollo Social de la OEA

✉ andras.uthoff@cepal.org

I Introducción

Los sistemas de pensiones se han diseñado con el propósito de suavizar las fluctuaciones del consumo a lo largo del ciclo de vida y garantizar ingresos dignos en situaciones de vejez, invalidez y muerte. Sus funciones son de tipo social, destinadas a romper con la miopía del ahorro para la vejez y proveer de ingresos a los ancianos pobres mediante financiamiento solidario. Hoy se destacan también potenciales funciones económicas, como las de contribuir a la solvencia de las finanzas públicas, proveer de ahorro financiero para el desarrollo del mercado de capitales y abaratar el costo de contratación de la mano de obra para hacerla más competitiva.

El desarrollo de estos sistemas se ha sustentado en dos supuestos: i) el trabajador tiene pleno empleo y capacidad de ahorro a lo largo de su ciclo de vida activa; y ii) las familias disponen de un proveedor principal, cuyo aseguramiento protege al resto de sus miembros. Con estas premisas, los sistemas combinan instrumentos contributivos (ahorro y aseguramiento) para financiar prestaciones ante pérdidas inesperadas

de ingresos por invalidez y muerte temprana, así como para permitir una vejez digna (longevidad). Las contribuciones han sido tradicionalmente de naturaleza tripartita, con aportes del trabajador, el empleador y el Estado, destinadas a proteger al primero, en su calidad de receptor principal de ingresos, y a su familia. En algunos países hay pensiones no contributivas para los adultos mayores pobres, las que se financian mediante impuestos generales.

Este artículo coloca el debate acerca de las reformas a los sistemas de pensiones en el contexto de las principales características de la región y examina luego las implicaciones que tales características tienen sobre las presunciones que realizan los sistemas de pensiones. A la luz de tales condicionamientos, analiza la validez de las opciones que se han utilizado en las reformas; destaca los principales resultados que se observan en la región y formula algunas conclusiones acerca de la importancia que tendrá para la solución del tema previsional la propuesta de la CEPAL de avanzar hacia un pacto de cohesión social destinado a dar un rostro humano al pacto fiscal.

II Principales características de la región

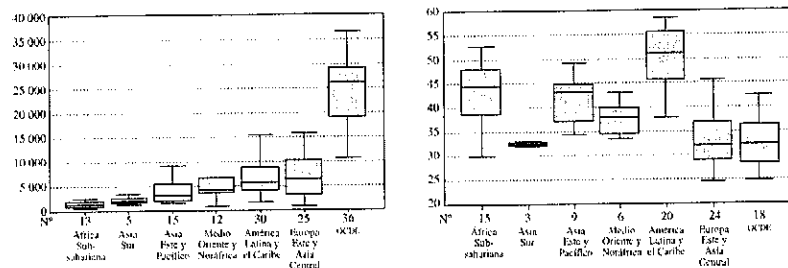
Llama la atención comprobar que ha habido omisión de las características estructurales de los países de América Latina y el Caribe, las que a la hora de evaluar el resultado de los sistemas de pensiones en la región se han revelado como fundamentales, casi con independencia del tipo de reforma realizada. En esta oportunidad quisiera destacar sólo cinco de esas características. En primer lugar, el nivel medio de desarrollo de la región: en promedio, su producto interno bruto (PIB) per cápita es levemente superior a 5.000 dólares, de modo que está muy por encima del de regiones en desarrollo de África y Asia, pero es cinco veces menor que el del conjunto de países desarrollados de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (gráfico 1). El efecto principal de esta característica es que en el nuevo paradigma de la globalización, América Latina y el Caribe ha sido con-

siderada una región de clase media, capaz de atraer capitales internacionales para satisfacer sus necesidades de desarrollo y de establecer tratados de comercio para vender sus productos en los mercados internacionales. Pero en realidad, lejos de fortalecer un acceso estable a tales mercados, las corrientes internacionales de capital han sido esquivas para algunos países y volátiles para otros, y el mercado de comercio sigue limitado por prácticas proteccionistas y de inestabilidad de los precios de los productos básicos. A la postre, los países de la región han visto aumentar su vulnerabilidad externa, han experimentado fuertes crisis de financiamiento y comercio, y han pasado por importantes crisis financieras y de balanza de pagos, con enormes costos sociales en las fases de ajuste.

En segundo lugar, la región tiene un récord histórico de desigualdad. De hecho, si se la mide por el

GRÁFICO 1

Grandes regiones: Producto interno bruto per cápita y coeficientes de Gini



Fuente: Elaboración propia con datos de Banco Mundial (2004).

coeficiente de Gini, la desigualdad en la región es la mayor a nivel global. Esto significa principalmente que, por una parte, dados los actuales niveles de desarrollo, quedan amplios sectores de la población en situaciones de pobreza e indigencia, y por otra, que con esos patrones de desigualdad se necesitan mayores tasas de crecimiento para superar la pobreza (CEPAL, 2005a), las que no se han dado de manera estable en la región durante las últimas décadas.

En tercer lugar, algunos indicadores elaborados por la CEPAL sugieren que las economías de la región han llevado a cabo en gran medida las recomendaciones de las instituciones financieras internacionales sobre la introducción de reformas estructurales encaminadas a liberalizar la economía y dar mayor espacio en la asignación de recursos al mercado y al sector privado (gráfico 2). Esto ha dejado al descubierto grandes fallas de regulación y supervisión de mercados en las nuevas industrias que han surgido en torno a la administración de servicios públicos y de políticas sociales.

En cuarto lugar, es importante destacar que si bien las reformas propuestas que limitan el papel del Estado al de regulador, supervisor y distribuidor lo excluyen de la gestión de las empresas,¹ no lo liberan de su responsabilidad de concebir e implementar mecanismos que protejan los derechos de los más pobres, en parti-

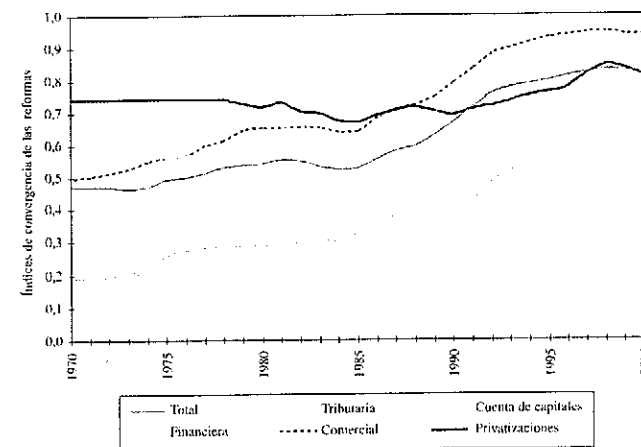
¹ Aun cuando muchos países han continuado con la gestión pública de empresas estratégicas (por ejemplo, empresas del cobre en Chile y del petróleo en México y Rep. Bolivariana de Venezuela).

cular frente a los riesgos de salud y los problemas de empleo y previsión. En especial, debe protegerlos del riesgo estructural que significan los mecanismos de transferencia intergeneracional de la pobreza, es decir, de que la condición de pobreza en que nacen muchos de sus ciudadanos determine en gran medida su exclusión de oportunidades de nutrición, alimentación, vivienda y trabajo decente. En los temas del desarrollo que nos ocupan ocurre, paradójicamente, que ante estas necesidades que se acrecientan cuando es menor el nivel de desarrollo de los países, disminuye la carga tributaria con que se pueden financiar los gobiernos para encarar estas tareas. Como se observa en el gráfico 3, el gasto público de América Latina como porcentaje del PIB se elevó de 15% a 25% entre los decenios de 1970 y 1980, para luego caer a alrededor de 20%. Esta cifra es inferior a la mitad de la que destinan a este fin los países de la Unión Europea, donde el Estado de bienestar es importante. Puesto que el nivel de desarrollo expresado en PIB per cápita de la Unión Europea es cinco veces mayor que el de América Latina, se concluye que por persona el gasto público de la Unión Europea es diez veces mayor que el de América Latina.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar los riesgos propios de la globalización, que generan un nuevo dilema a los sistemas de protección social. Puesto que los países de la región han sido considerados de ingreso medio, han tenido que buscar en los mercados internacionales las fuentes de financiamiento de su desarrollo y la colocación de sus productos de exportación. Así, estas economías se han tornado más vulnerables

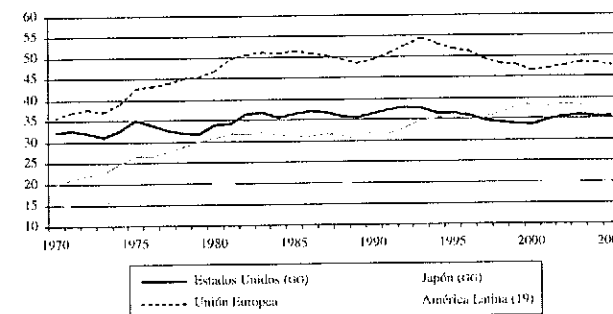
GRÁFICO 2

América Latina (17 países): Evolución del grado de convergencia de las reformas



Fuente: CEPAL, sobre la base del proyecto "Crecimiento, empleo y equidad: América Latina y el Caribe en los años noventa" (H01A97/603-4), con datos hasta 1995 de Morley, Machado y Pettinato (1999).

GRÁFICO 3

Comparaciones internacionales: Evolución del gasto público, 1970-2005^a (En porcentaje del PIB)

Fuente: Para América Latina, datos de la CEPAL sobre la base de información oficial; para países de la Unión Europea, Japón y Estados Unidos, datos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

^a GG = gastos del gobierno.

a los cambios en los mercados internacionales, lo que a falta de una arquitectura financiera internacional que coordine las macroeconomías y garantice la estabilidad las ha hecho más sensibles a crisis internacionales. Desde el punto de vista de la protección social, es importante observar que la economía regional se ha hecho más volátil e incierta y que las medidas de ajuste aplicadas para hacer frente a crisis financieras con importantes costos sociales son procíclicas y ponen más presión sobre el mercado de trabajo, aumentando los problemas de subempleo y desempleo, y exigen del Estado ajustes en sus gastos cuando más necesitan de ellos.

III

Consecuencias para la protección social

Las características de la región tienen a lo menos cuatro efectos en el desarrollo de nuevos sistemas de protección social. Estos dicen relación con: i) la brecha del Estado de bienestar que se manifiesta al combinar las dinámicas de la población, el mercado de trabajo y las finanzas públicas; ii) las nuevas manifestaciones culturales derivadas de las estrategias de supervivencia que han debido asumir las familias frente a esta situación; iii) la creciente divergencia de la región respecto a los países más desarrollados en las últimas décadas, y iv) finalmente la convicción de que el combate contra la pobreza no prospera en los términos previstos.

Si bien la región en su conjunto se encuentra en una fase de transición demográfica plena, la dinámica poblacional difiere entre distintos grupos de países. Así, un grupo compuesto por Bolivia y Haití se encuentra en una fase incipiente, con tasas de fecundidad aún altas y aumento de la población joven respecto de aquella en edad de trabajar. Un segundo grupo, compuesto por El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay, se halla en una fase moderada de transición demográfica: ha habido un fuerte descenso de la fecundidad y comienza a reducirse la población joven respecto de aquella en edad de trabajar, pero todavía es baja la proporción de personas de edad avanzada. Un tercer grupo de países, conformado por Brasil, Ecuador, Colombia, Costa Rica, México, Perú, la República Bolivariana de Venezuela y la República Dominicana, está en una etapa plena de transición demográfica: se ha consolidado hace algunos años el descenso de la fecundidad y, junto con continuar el

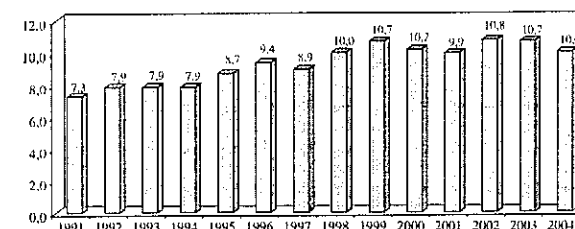
En definitiva, la protección social en América Latina debe mejorar en el contexto de sociedades que, por un lado, son consideradas "maduras" y que dentro del paradigma de la globalización deben desarrollarse en un mundo cada vez más inestable y someter sus economías a una creciente liberalización, reduciendo el papel del Estado. Pero estas sociedades, por otro lado, traen una carga histórica de desigualdad entre sus ciudadanos, además de bajo crecimiento y crisis de inversión, de modo que sus gobiernos carecen de los instrumentos necesarios para superar los problemas históricos de desigualdad en medio de crisis de crecimiento y empleo.

decrecimiento de la población joven respecto de aquella en edad de trabajar, comienza a aumentar la población en la tercera edad. Finalmente, un cuarto grupo de países se encuentra en una fase avanzada de transición demográfica, ha consolidado el descenso de la fecundidad, exhibe avances todavía importantes en la disminución de la mortalidad, y aumenta significativamente la proporción de personas de la tercera edad respecto de aquellas en edad de trabajar.

Sin embargo, este indicador usado tradicionalmente para medir la dependencia demográfica y alertar sobre posibles fallas en la solvencia de sistemas de reparto para financiar pensiones, supone que la población en edad de trabajar desce y puede encontrar trabajo productivo, competitivo y/o decente. La realidad dista mucho de ser esa y los datos para América Latina muestran tres hechos que lo contradicen. En primer lugar, un gran porcentaje de aquellos en edad de trabajar continúa inactivo, ya sea por dificultad de compatibilizar el cuidado del hogar con el mercado de trabajo o porque el mercado no valora adecuadamente su costos de oportunidad. En segundo lugar, de aquellos que sí desean trabajar, la proporción que no encuentra trabajo y permanece desempleado ha subido de 7% a 10%, observándose hoy que uno de cada diez se encuentra desempleado. Finalmente, estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (oit) y de la cepal indican que de cada diez empleos generados en los últimos años, seis a siete lo han sido en el sector informal, con lo cual ha aumentado la proporción de este segmento del mercado de trabajo entre los ocupados (gráficos 4 y 5).

GRÁFICO 4

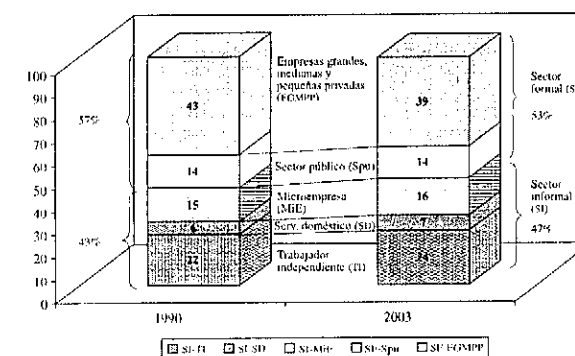
América Latina: Desempleo abierto, entre 15 y 64 años
(Porcentaje de la población económicamente activa)



Fuente: Organización Internacional del Trabajo (CEPAL, 2005b).

GRÁFICO 5

América Latina: Estructura del empleo no agrícola
(Porcentajes)



Fuente: Organización Internacional del Trabajo (oit, 2005).

1. La brecha del Estado de bienestar

Los cambios en la dinámica demográfica, del mercado de trabajo y de las finanzas públicas son elementos claves para definir el perfil de la brecha del Estado de bienestar.

En un artículo anterior (Uthoff, Vera y Ruedi, 2006) se utilizaron datos de panel a nivel nacional² de los años 1997 y 2002 para examinar el comportamiento de un indicador de dependencia definido como el co-

eficiente de menores, adultos no activos, adultos con empleos informales, desempleados y adultos mayores, por un lado, y trabajadores formales, por otro. La regresión arrojó un coeficiente negativo de -2,65% para la relación entre el indicador de dependencia formal y

² Los datos utilizados para Argentina y Uruguay fueron urbanos, ya que son los que están disponibles, pero en todo caso la mayor parte de la población de estos países es urbana. En Uthoff, Vera y Ruedi (2006) pueden verse los detalles de la derivación de la curva.

el PIB per cápita.³ Esta relación representa sistemáticamente la demanda de protección social.

Los países con altos índices de dependencia y bajo nivel de ingreso per cápita tienen una elevada demanda de protección social, la que debe satisfacerse mediante transferencias públicas o privadas. Los países más ricos enfrentan requerimientos menores.

Se puede derivar una curva de oferta potencial de servicios sociales por parte del Estado, vinculando el PIB per cápita de los países con la cantidad de personas dependientes en relación al número de ocupados formales que este podría "proteger". Para ello suponemos que el Estado es capaz de otorgar a cada individuo dependiente un monto determinado de beneficio (igual para todas las categorías de dependientes) cuya suma equivale al monto total de recursos destinado a gasto social en América Latina.⁴

Incluyendo ambas curvas en el gráfico 3 es posible ilustrar la brecha del Estado de bienestar y realizar a partir de ella una tipología de países.⁵

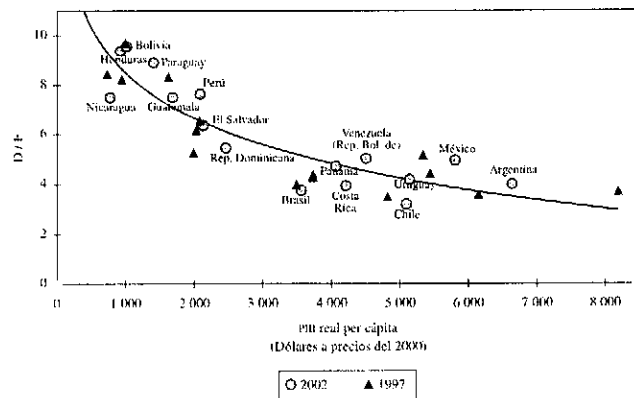
Si bien la existencia de una brecha de bienestar justifica modelos de sistemas que buscan el complemento del financiamiento privado, no elimina la responsabilidad del Estado de proteger a quienes llegan a la vejez sin haberse podido autofinanciar prestaciones jubilatorias. La principal debilidad de las reformas recientes ha sido su excesivo énfasis en los sistemas contributivos, su alto costo y el haber testado recursos al Estado para aliviar la pobreza en la vejez.

2. Dos nuevas manifestaciones culturales

La distancia entre las necesidades totales de protección social que presentan los dependientes y las posibilidades del Estado de satisfacerlas se reduce con el nivel de desarrollo, medido por el PIB per cápita (gráfico 6). Esas necesidades de protección social podrán ser cubiertas por el resto de la economía en medidas que dependen de la situación de ingreso y de la capacidad de pagos de bolsillo. En aquellos casos en los cuales

GRÁFICO 6

América Latina: Necesidades y posibilidades de protección social en algunos países



Fuente: Elaboración propia.

³ La estimación de la regresión sobre la base de datos de panel, así como el test de Hausman sobre la aplicabilidad del modelo de efectos aleatorios, pueden solicitarse a los autores citados. El mismo coeficiente surgiría de una estimación con datos no agrupados. Los datos del PIB per cápita del año 2002 corresponden a Indicadores

del Desarrollo Mundial, del Banco Mundial, y están expresados a precios del 2000.

⁴ Se consideró el promedio del gasto social de América Latina sobre la base de 16 países.

⁵ El β utilizado en este caso es de 0,35.

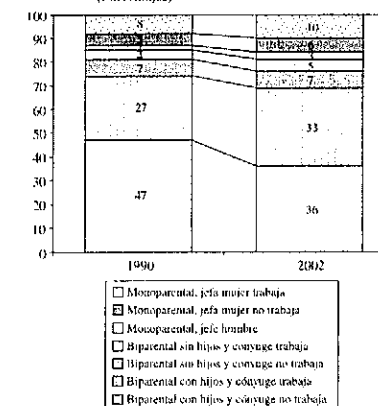
la protección social pública aunada con el gasto privado no resulte suficiente, la brecha generada se manifestará en un bajo desempeño de los indicadores sociales; por generar un panorama social insatisfactorio, se ha manifestado en importantes cambios en la estructura familiar (Arriagada, 2005), así como en significativos movimientos de remesas causadas por los movimientos migratorios, los cuales se estima han contribuido a paliar la situación de pobreza de millares de hogares en la región (gráficos 7 y 8).

3. América Latina no converge

La tercera característica de la región es que la última década no ha sido una de crecimiento alto y estable. Por el contrario, como informó la CEPAL a la Conferencia Internacional sobre la Financiación del Desarrollo, la experiencia de apertura de la región a los mercados financieros y de comercio internacionales acrecentó la vulnerabilidad externa y se tradujo en un crecimiento inestable y, en promedio, lento. En particular, el acceso a los mercados financieros internacionales fue segmentado y muy volátil, los mercados comerciales continuaron con prácticas proteccionistas, y a la postre

GRÁFICO 7

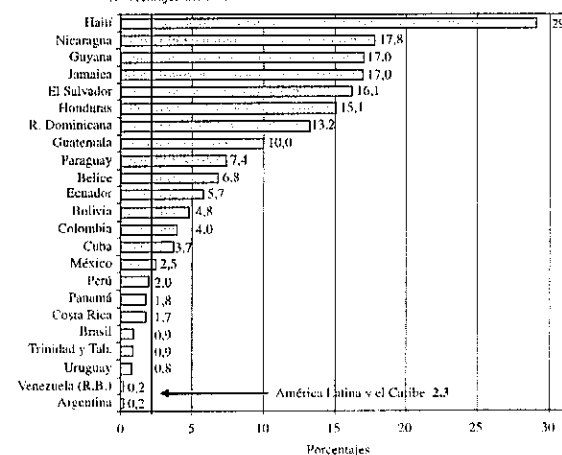
América Latina: Cambios en la estructura familiar, 1990 y 2002
(Porcentajes)



Fuente: Arriagada, 2005.

GRÁFICO 8

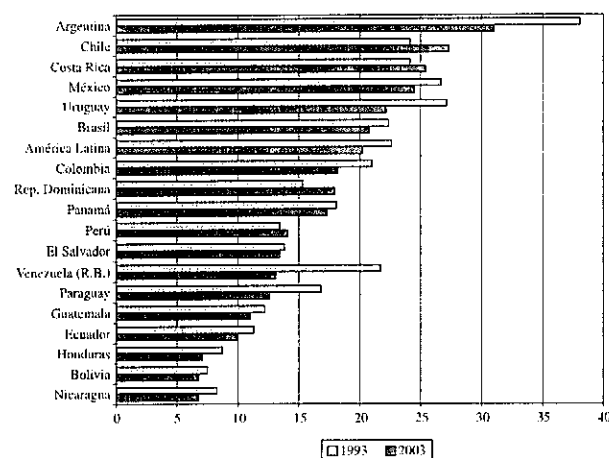
América Latina y el Caribe: Remesas recibidas, 2004
(Porcentajes del PIB)



Fuente: CEPAL (2005c).

GRÁFICO 9

América Latina: Indicador de convergencia y población excluida, 1993-2003
(PIB per cápita respecto al de Estados Unidos)



Fuente: CEPAL, sobre la base de cuentas nacionales.

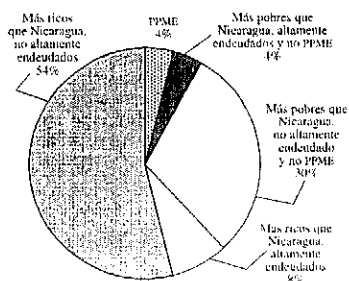
el crecimiento resultó sensible a las crisis financieras internacionales. Por su parte, la arquitectura financiera internacional no pudo evitar los fenómenos de contagio en la región.

El resultado se refleja en lo que aconteció con el PIB per cápita. Con muy pocas excepciones, los países de la región tenían en 1993 un PIB per cápita que representaba una fracción mayor del PIB de los Estados Unidos que en 2003, a comienzos del nuevo milenio. Según este indicador muy preliminar del desarrollo, la región no convergió hacia los niveles de desarrollo estadounidenses (gráfico 9).

Lo que agrava aún más esta situación es que, dados los altos niveles de desigualdad dentro de América Latina, su bajo crecimiento, el efecto de las crisis de endeudamiento y la incidencia de la pobreza (40% de la población), puede estimarse que la región continúa viviendo en forma similar a la de quienes habitan en países pobres muy endeudados, como Nicaragua. En suma, la región es altamente excluyente (gráfico 10).

GRÁFICO 10

América Latina: Población que calificaría para ayuda, según diferentes modalidades de la iniciativa PPME*
(En porcentajes de la población)



Fuente: CEPAL, sobre la base de información oficial; Maclure y Uthoff (2005, p. 41).

* Iniciativa PPME = Iniciativa para la reducción de la deuda de los países pobres muy endeudados.

4. El combate contra la pobreza no prospera

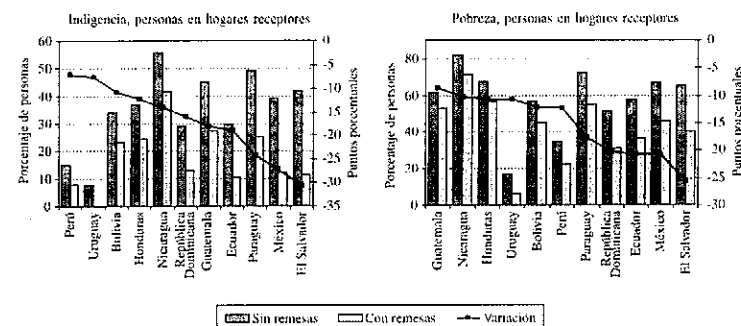
Una cuarta característica de la región es que frente al poco desarrollo durante la década de 1990, las limitaciones propias del Estado de bienestar y de las estrategias de sobrevivencia de los hogares más vulnerables han impedido que el combate a la pobreza prospere en forma significativa. De hecho, si bien se estima que las remesas han contribuido a reducir la incidencia de la pobreza en los hogares de familiares receptores, y que

las transferencias del Estado también han contribuido a paliarla, el resultado final ha sido que el efecto de tales transferencias sobre la incidencia de la pobreza es muy inferior a la que se observa en los países desarrollados y que aún no se reducen los niveles de pobreza a aquellos observados en años previos a la crisis de la deuda (gráficos 11 y 12).

De hecho, para la región en su conjunto la incidencia de la pobreza mostró por una vez un marcado efecto de serrucho, viéndose que la elasticidad pobreza-

GRÁFICO 11

América Latina (11 países): Impacto de las remesas sobre las tasas de pobreza e indigencia en hogares receptores, alrededor del 2002⁴

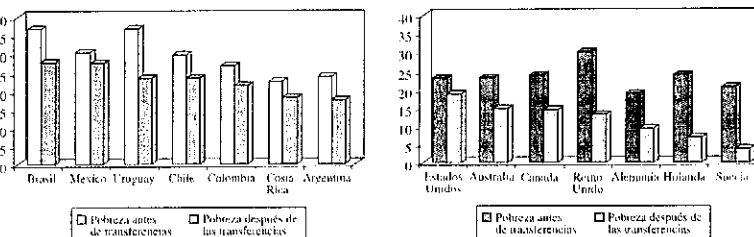


Fuente: CEPAL (2005c).

⁴ En Uruguay y Ecuador solo se considera el área urbana.

GRÁFICO 12

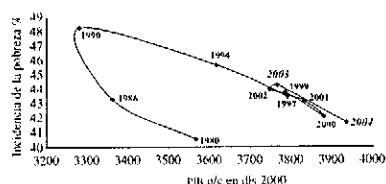
América Latina y Europa: Efectos de las transferencias del Estado sobre la pobreza relativa



Fuente: Para América Latina, elaboración propia con datos de las encuestas de hogares disponibles (en Uthoff y Rueda, 2005). Sobre los países de la OCDE, Smeding and Ross (2001).

GRÁFICO 13

América Latina: Incidencia de la pobreza y producto interno bruto por habitante



Fuente: CEPAL (2004a). Las cifras de pobreza para 2003 y 2004 corresponden a proyecciones.

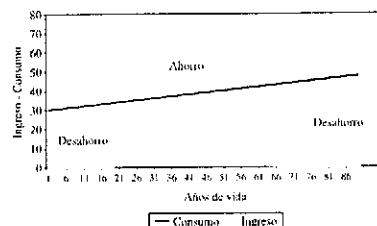
producto fue mucho mayor durante la etapa recesiva que en la posterior etapa de recuperación del PIB durante la década de 1990. Si bien este efecto desapareció con las últimas crisis, dejó a la incidencia de la pobreza en un nivel mucho más alto que el de 1980, mientras que el PIB per cápita regional fue casi un 12% mayor (gráfico 13).

Lo que se desprende de lo anterior es que cabe cuestionar en la región la teoría del ciclo de vida en que se basan los sistemas de pensiones, puesto que valora la tesis de que todos los trabajadores deben ahorrar durante la fase activa de su ciclo de vida, para desahorrar durante la fase de retiro en la vejez (gráfico 14).

Esta tesis puede verse cuestionada por al menos los siguientes factores: i) una alta proporción de la población vive en la pobreza con trabajos inestables y precarios, muchas necesidades inmediatas y una alta tasa de descuento que limita su capacidad de ahorro de largo plazo; ii) una creciente proporción de mujeres debe encabezar hogares uniparentales o complementar el ingreso del cónyuge para la subsistencia, rompiendo así con el esquema de hombre proveedor y mujer al cuidado de

GRÁFICO 14

Ingreso y consumo a lo largo del ciclo de vida



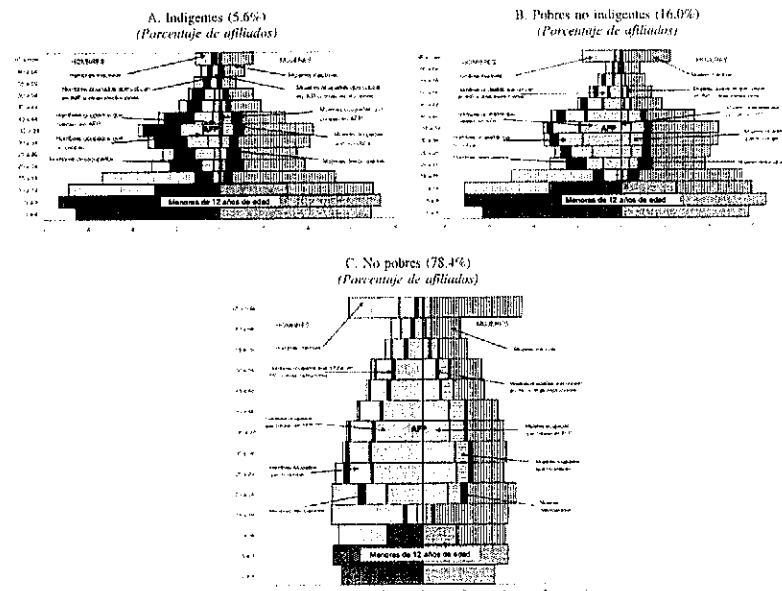
Fuente: Elaboración propia.

la casa, pero sin eliminar la dualidad de roles en esta última tarea, por lo cual la mujer tiene mayores dificultades para emplearse en forma estable, y iii) una creciente proporción de trabajadores encuentra empleo esporádico y no tiene la estabilidad de ingreso que supone la teoría del ciclo de vida.

En definitiva, como se ilustra respecto al caso chileno (gráfico 15), los modelos contributivos tienden a mostrar una baja densidad de cotizaciones, que refleja tanto la voluntad o necesidad de permanecer inactivos, dedicándose al cuidado del hogar, como la incidencia del desempleo, la precariedad del trabajo y los bajos niveles de ingreso; todo esto hace que la participación en los sistemas contributivos reproduzca las inequidades propias del mercado de trabajo y de la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, al final solo accederán a beneficios dignos aquellos con capacidad de emplearse en forma estable y con buenos ingresos. Como la gran mayoría no se halla en tal situación, estos modelos esquema dejarán sin pensiones dignas a un alto porcentaje de la población, en particular mujeres y personas de bajos ingresos.

GRÁFICO 15

Chile: Afiliados que cotizan en el sistema de pensiones, según sexo, edad y situación de pobreza*



Fuente: Tabulaciones especiales sobre la base de la Encuesta Socioeconómica Nacional (CASEN, 1998).

* INP = Instituto de Normalización Previsional; AFP = Administradoras de Fondos de Pensiones.

IV

Reformas a los sistemas de pensiones

El diseño de los sistemas de pensiones y sus reformas ha tendido a olvidar el componente solidario y distributivo que implica generar un sistema de financiamiento para las personas pobres en la vejez. Se ha centrado en cambio en el componente contributivo, al cual además se le ha exigido que cumpla funciones económicas, como las de contribuir a la solvencia del sector público, generar ahorro financiero y ayudar al desarrollo del mercado de capitales, y también ser de

bajo costo para mejorar la competitividad de la mano de obra.

El mecanismo tradicionalmente utilizado para administrar financieramente las contribuciones y transformarlas en prestaciones ha sido el de reparto a través de primas medias escalonadas, incluyendo normativas para establecer un contrato de ahorro entre generaciones y un fondo para cubrir los riesgos probables de invalidez y muerte, así como reservas

para los cambios demográficos previsible. El sistema de pensiones no contributivas, cuando existe, se financia con cargo a impuestos generales y transferencias (Mesa Lago, 2004 y 2000).

Los sistemas de reparto han sido puestos en tela de juicio por varios motivos, entre ellos los siguientes: i) porque la administración de fondos de ahorro para acontecimientos ciertos como la vejez difiere significativamente de la administración de fondos de seguros en casos de eventos probables de enfermedad, así como de invalidez y muerte prematura; ii) porque su régimen de financiamiento mediante el reparto entre generaciones no permite hacer frente a cambios demográficos significativos como los que acompañan al rápido envejecimiento de la población latinoamericana;⁶ iii) porque el fondo de reparto es claramente vulnerable al "uso político" de sus recursos, ya que siempre existió la posibilidad de que los gobiernos se endeudaran con estos fondos para fines lícitos de financiamiento de su política pública, pero sin que siempre se garantizara el necesario equilibrio entre riesgo y rentabilidad para resguardar los fondos de reserva destinados a pagar beneficios de largo plazo; iv) porque la naturaleza del aporte al sistema y su relación con las prestaciones permiten importantes subsidios cruzados que no son transparentes, no siempre son solidarios y pueden afectar la solvencia del sistema.

Estas cuatro debilidades de los sistemas de reparto han constituido la base del conjunto de argumentos utilizados por las instituciones financieras internacionales⁷ para justificar la necesidad de reformas estructurales, en contraposición a las tradicionales reformas paramétricas que daban cuenta de los ajustes actuariales necesarios para asegurar la solvencia de los sistemas. Inspiradas en el modelo neoliberal de pensiones desarrollado bajo el régimen nazi en Chile, dichas instituciones promovieron reformas estructurales que intentaban establecer una estricta conexión entre el esfuerzo individual y el beneficio, transformando las contribuciones en cuotas de ahorro que quedan en cuentas individuales para el retiro, bajo el control de Administradoras de Fondos de Pensiones que gestionan las inversiones según las normas establecidas

⁶ Estos resultados de la acelerada transición demográfica que desde mediados de la década de 1960 se ha reducido en un fuerte descenso de la fecundidad, junto a paulatinos aumentos de la longevidad, la reducción de la fecundidad ha acarreado significativos cambios en la estructura etaria de la población, que afectan la capacidad de los sistemas para mantener un adecuado balance entre contribuyentes y beneficiarios del fondo de reparto.

⁷ Véase Banco Mundial (1994).

por una superintendencia. A diferencia del contrato intergeneracional, en virtud del cual los aportes de los trabajadores contemporáneos financiaban los beneficios de los que estaban retirados a esa misma fecha, en el modelo neoliberal se impulsa un contrato individual en el que la pensión del trabajador es financiada por el fondo que este es capaz de acumular mediante la suma de sus aportes debidamente capitalizados; en este caso, es el propio trabajador quien asume los riesgos del cambio demográfico, que se traduce en mayores esperanzas de vida a la edad de retiro, así como los riesgos financieros de la capitalización a lo largo de su vida.

Sin embargo, no todos los países han realizado reformas de este tipo. En la actualidad es posible distinguir tres tipos de reforma: i) las reformas paramétricas, en las que destacan los modelos norteamericanos de contribuciones definidas; ii) las reformas estructurales, y iii) las reformas que complementan los actuales sistemas con mecanismos de ahorro adicionales.

Al reforzar el vínculo entre las contribuciones de un afiliado y sus beneficios, llegando en el caso extremo a plantear como mecanismo de financiamiento su administración en cuentas de ahorro individuales, los sistemas han experimentado todas las consecuencias que se advierten en la sección anterior: se desarrollaron mercados de administradoras de fondos de pensiones difíciles de regular, y las soluciones tendieron a reproducir las desigualdades en vez de compensarlas.

1. Las opciones en materia de reformas estructurales

En la concepción de los sistemas de pensiones en América Latina influyó mucho el "seguro social" impulsado en otro tiempo por el canciller Bismarck en Alemania, que estableció la protección de los trabajadores contra los riesgos de vejez, invalidez y enfermedad.⁸ En su

⁸ Los principios originales que sustentaron el seguro social eran la obligatoriedad de la contribución de empleadores y trabajadores y el papel regulador del Estado. Tras la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, se estableció dicho seguro como instrumento fundamental de protección de los trabajadores y sus familias, pero se aplicó solo a ciertas categorías de trabajadores. El concepto se amplió luego en Estados Unidos (1935) y Nueva Zelanda (1938), para incluir elementos de protección de los excluidos, combatir la pobreza y hablar de "seguridad social". Este concepto modernizado fue el que luego utilizó Beveridge, entre 1942 y 1946, como instrumento para combatir la pobreza en Gran Bretaña, incluyendo dentro de la seguridad social el seguro social contributivo, la asistencia social para excluidos y pobres, y los seguros voluntarios complementarios. Estos conceptos y definiciones se han plasmado en diversas declaraciones sobre el derecho internacional de la seguridad social (Mesa-Lago, 2004).

CUADRO 1

Chile y Nueva Zelanda: Opciones de reformas y alternativas extremas

Opciones a disposición del diseño de un sistema	Opciones adoptadas en el diseño del modelo chileno	Opciones adoptadas en el diseño del modelo neozelandés
Contributivo	Sí	No
Prestaciones	Contribuciones definidas	Beneficios definidos
Administración financiera	Capitalización	Reparto
Administración	Privada	Pública
Obligatoriedad	Trabajadores dependientes	Derecho ciudadano
Rol del Estado	Regulador del mercado Supervisor del mercado Distribución	Promotor de ahorro privado voluntario

Fuente: Elaboración propia sobre la base de St. John y Willmore (2001).

aplicación a América Latina resalta la baja cobertura histórica de los sistemas, lo que responde principalmente a la naturaleza informal de los empleos, agravado hoy por la precarización del empleo como consecuencia de la creciente vulnerabilidad de las empresas productivas en el contexto de la globalización (CEPAL, 2004b).

En su evaluación de la necesidad de reformas a comienzos del decenio de 1990, y frente al rápido envejecimiento de la población, la CEPAL advirtió sobre los escasos avances en cobertura, lo que llegaría a presionar sobre las cuentas fiscales una vez que el Estado se hiciese cargo de la pobreza en la vejez (CEPAL, 1991).⁹ Destacó igualmente que los países que sustituyeran sus mecanismos de financiamiento tendrían que hacer frente a enormes costos fiscales de transición.¹⁰

A pesar de estas advertencias, los modelos de reformas se centraron en los componentes contributivos, optando entre alternativas dentro de seis grandes áreas: i) la importancia de la contribución de los afiliados como fuente de financiamiento; ii) el nexo de

la prestación con el esfuerzo individual; iii) el mecanismo para administrar el financiamiento; iv) la participación del Estado en la administración del sistema; v) la obligatoriedad del sistema, y vi) el papel del sector privado. El cuadro 1 resume las opciones a disposición de los reformistas y las alternativas adoptadas en dos modelos extremos: el de Chile, que se centra en la construcción de un pilar contributivo de capitalización individual, y el de Nueva Zelanda, que se centra en la construcción de un pilar no contributivo con prestaciones ciudadanas.

Hay varios elementos que considerar antes de adoptar una u otra de las opciones extremas. Dos de ellos son esenciales para la economía política del proceso. Por un lado, en la medida en que prevalezca un pilar de capitalización individual el sistema adolecerá de falta de solidaridad entre los afiliados al sistema, ya que los aportes son cuotas de ahorro de propiedad individual y exclusivamente para el cálculo de la prestación del afiliado. Por otro lado, al reemplazar el método de financiamiento desde el reparto al método nuevo de capitalización en cuentas individuales, los costos de transición pueden tener enormes dimensiones. El nuevo sistema deberá solventar el pago de las prestaciones de los afiliados retirados, las prestaciones por derechos adquiridos en el sistema antiguo de los cotizantes actuales y las garantías explícitas del sistema, como son las pensiones de las fuerzas armadas, las pensiones mínimas y las pensiones asistenciales. Dependiendo del acuerdo social bajo el cual se haga la transición, para solventar estos gastos pueden utilizarse los fondos de reserva del sistema antiguo, toda vez que este era administrado mediante reparto y prima media escalonada.

⁹ También se destacaron entonces debilidades institucionales para la implementación de sistemas de ahorro, debido a la fragilidad de los regímenes macroeconómicos y las fallas de regulación, supervisión y desarrollo tanto de la industria de administración de fondos de pensiones como de los mercados de capitales y seguros (Heid, 1994; CEPAL, 1990, cap. 10). Se subrayó oportunamente la falta de regulación organizacional y de políticas públicas para evitar la formación de conglomerados financieros en torno a las administradoras de fondos de pensiones y transformar el ahorro financiero en inversión real (Arrau, 1994 y 1996; Larraín, 1996).

¹⁰ Al respecto véase Holzmann (1997), CEPAL (1998) y Bravo y Uthoff (1999). Diferentes interpretaciones y estimaciones de estas evaluaciones se encuentran en Uthoff (1995), CEPAL (2000, cap. 4), Jiménez y Cuadros (2003), Mesa-Lago (2004) y Tishman y Uthoff (2005).

El alto costo de transición y la pérdida de solidaridad son consecuencia de las opciones del modelo chileno. En un estudio anterior se estima el valor presente de los déficit en que debía incurrir el Estado para cubrir estos gastos, habida consideración de que diferentes países optaban por una reforma al estilo chileno (Bravo y Uthoff, 1999). Para varios países este valor superaba el 200% del PIB, razón por la cual desistieron de una reforma de esa naturaleza y optaron por otros modelos que se verán más adelante. De hecho, en el caso chileno ya es universalmente reconocido que al gobierno le ha costado más de 5.5% del PIB anual por un lapso de ya 25 años y que le quedan varios años más de pago por costos de transición, garantías y déficit históricos (gráficos 16 y 17).

Por su parte, la opción de establecer una pensión ciudadana universal tampoco escapa a los requerimientos financieros del Estado. Siguiendo a St. John y Willmore (2001), es posible distinguir dos variables de

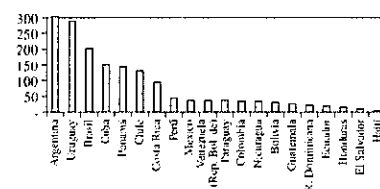
las cuales depende el monto de esta prestación como porcentaje del PIB: la primera es el porcentaje de beneficiarios dentro del total de la población y la segunda el monto de la prestación como porcentaje del PIB per cápita del país. El resultado es extremadamente sensible a esta última variable, por lo que el monto de la prestación universal y su fuente de financiamiento (impuestos sobre el ingreso o sobre el consumo) serán temas fundamentales en el debate de las finanzas públicas. En todo caso se necesitará un acuerdo social.

2. Los tipos de reforma adoptados

Varios países de América Latina optaron por introducir reformas en sus sistemas contributivos: promovieron un vínculo más fuerte entre los esfuerzos contributivos y las prestaciones a nivel de cada individuo, incorporaron de lleno o en forma parcial la capitalización individual como criterio de financiamiento y permitieron la administración privada de los fondos de pensiones. Entre estas reformas, llamadas estructurales, cabe distinguir i) aquellas que, como en Chile, sustituyen completamente al antiguo sistema público y de reparto por el de capitalización individual, en los llamados modelos sustitutivos (Chile, Bolivia, El Salvador, México,¹¹ República Dominicana); ii) aquellas que complementan el sistema público de reparto con un componente de capitalización en cuentas individuales, en los llamados modelos mixtos (Argentina, Ecuador, Uruguay, Costa Rica), y iii) aquellas que dejan al afiliado la opción de escoger entre uno y otro, en los llamados modelos paralelos

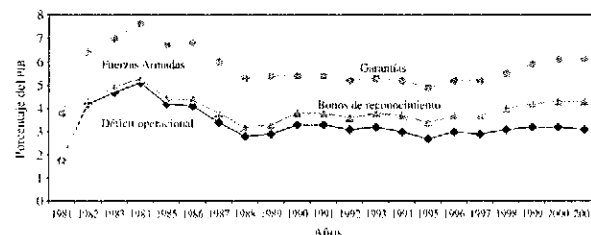
¹¹ Con el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

GRÁFICO 16
América Latina y Haití: Deuda previsional implícita
(Porcentaje del PIB)



Fuente: Bravo y Uthoff (1999, p. 88).

GRÁFICO 17
Chile: Déficit previsional total



Fuente: Arenas de Mesa (2000).

(cuadro 2). Entre las reformas paramétricas, cabe distinguir la de Brasil al Régimen General de Previsión Social (RGPS), por la cual se establece una regla de capitalización que transforma el sistema de reparto en uno de contribuciones definidas (Pinheiro y Paiva, 2000) con ajustes paramétricos automáticos.

Las evaluaciones de las reformas estructurales son muy controvertidas. Algunas han llegado a probar que estas reformas tienen efectos positivos sobre la economía (Corbo y Schmidt-Hiebbel, 2003) y se utilizan para promover sus bondades. Sin embargo, desde la pers-

pectiva de la protección social, los resultados de las evaluaciones dejan bastante que desear. Ante todo, la cobertura de los sistemas contributivos continúa baja y sensible al mercado de trabajo,¹² no solo en el sistema privado sino también en los sistemas que combinan cotizantes activos (de capitalización y de reparto). La cobertura del sistema de protección social ha llegado a la mitad de la población económicamente activa en Argentina, y en la región el promedio ponderado disminuyó de 38% a 27%.¹³ En algunos países que mantuvieron sus sistemas públicos (Brasil y Panamá)

CUADRO 2

América Latina: Modelos de reformas de pensiones y sus características, 2004

Modelo, país y fecha de inicio de la reforma	Sistema	Cotización	Prestación	Régimen financiero	Administración
Con reformas estructurales					
<i>Modelo sustitutivo</i> Chile: mayo 1981 Bolivia: mayo 1997 México: septiembre 1997 El Salvador: mayo 1998 R. Dominicana: 2003-2006	Privado	Definida	No definida	CPF ^a	Privada ^b
<i>Modelo paralelo</i> Perú: junio 1993 Colombia: abril 1994	Público o privado	No definida Definida	Definida No definida	Reparto CPF	Pública Privada
<i>Modelo mixto</i> Argentina: julio 1994 Uruguay: abril 1996 Costa Rica: mayo 2001 Ecuador: 2004	Público y privado	No definida Definida	Definida No definida	Reparto CPF	Pública Multiple
Con reformas paramétricas o sin reforma					
Brasil (Régimen General de Previsión Social privado) Brasil (resto) ^d Cuba Guatemala Haití Honduras Nicaragua: 2004 Panamá Paraguay Venezuela (R.B.) ^d	Público	Definida	No definida	Reparto o CPF ^b	Pública
	Público	No definida	Definida	Reparto o CPF ^c	Pública

Fuente: Mesa-Lago (2004).

^a Capitalización plena e individual (CPF).

^b Capitalización parcial colectiva (CPF).

^c Privada, pública o mixta.

^d Reformas paramétricas recientemente implantadas o en proceso.

¹² Ha sido reconocido, incluso por el Banco Mundial, que la extensión de la cobertura —especialmente de los trabajadores informales— mediante mayores incentivos para la afiliación, estableciendo una relación estrecha entre la cotización y el monto de la pensión, logró un aumento inicial modesto en dos países (Chile y México)

y luego se estimó en la mitad de la fuerza laboral en los países más ricos y a un nivel aún menor en los demás.

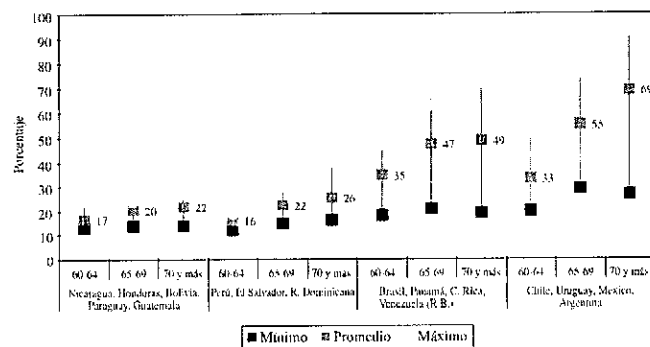
¹³ Esta comparación no es perfecta en todos los países (Mesa-Lago, 2004), pero existen dos series homólogas de Chile que ratifican la tendencia descendente: desde 79% en 1973 y 62% en 1975 a 58% en 2002 (Arenas de Mesa y Guzmán, 2003).

la cobertura ha sido entre dos y cuatro veces mayor que la de siete países con reforma estructural.

Dada la importancia que adquiere el trabajo asalariado formal en la expansión de la cobertura, es posible utilizar la brecha del Estado de bienestar para agrupar a los países.¹⁴ El porcentaje de adultos mayores que declaran disponer de ingresos jubilatorios en las encuestas de hogares varía significativamente entre estos grupos de países (gráfico 18).¹⁵ Se observa inercia en el aseguramiento, ya que en los países donde es baja la proporción actualmente cubierta de la población adulta mayor también es baja la proporción de los asalariados que actualmente aporta para su jubilación futura (cuadro 2). De no introducirse cambios sustanciales en los sistemas actuales (para mejorar la cobertura), el problema de pobreza en la vejez subsistirá.¹⁶

GRÁFICO 18

América Latina: Porcentaje de adultos mayores que perciben ingresos por jubilación, según edad y por grupos de países



Fuente: Tabulaciones especiales de las encuestas de hogares disponibles de los respectivos países, 2000-2002.

¹⁴ Si bien este indicador otorga el mismo peso a cada grupo de dependientes, y supone que todo trabajador formal está plenamente asegurado, muestra no obstante las dificultades que tiene la sociedad para satisfacer las necesidades de un gran porcentaje de la población que no está inserta de manera plenamente productiva en el mercado de trabajo.

¹⁵ El mayor número de dependientes de los trabajadores formales no implica necesariamente mayores carencias y/o desprotección de sus dependientes, debido a la multiplicidad de arreglos intrafamiliares e institucionales destinados a satisfacer sus necesidades y protegerlos del riesgo que afrontan. Sin embargo, en aquellas sociedades donde la presión demográfica es mayor y la economía formal re-

No debiera extrañar entonces que incluso el Banco Mundial, por mucho tiempo ferviente promotor de las reformas neoliberales para aumentar la cobertura y por cierto de la reforma de pensiones que promueve el ahorro individual, reconociera en dos informes¹⁷ que las reformas que se concentran exclusivamente en los subsistemas contributivos dejarán a muchos ciudadanos excluidos y en situación de pobreza durante la vejez. Por ello en uno de estos informes se clama por establecer una red de protección social para la vejez financiada con impuestos, y en el otro por construir esquemas optativos de apoyo a la familia y a los excluidos.

Países como Panamá y Uruguay, con una alta tradición y cobertura de la seguridad social, registran asalariados en el sector informal¹⁸ que se hallan excluidos

presentada por sus trabajadores es limitada, tanto la capacidad contributiva de estos como la carga impositiva del Estado para financiar gastos sociales se ven restringidas.

¹⁶ La medida de la cobertura de trabajadores actuales sobreestima el grado de protección que tendrán las familias, ya que solo se refiere a asalariados. Por lo tanto, el problema de cobertura es más grave aún desde el ángulo contributivo, dejando espacio para pensiones no contributivas (Fajnzylber, 2005).

¹⁷ Gil, Packard y Yermo (2004); Holzman, Hinz y otros (2005).

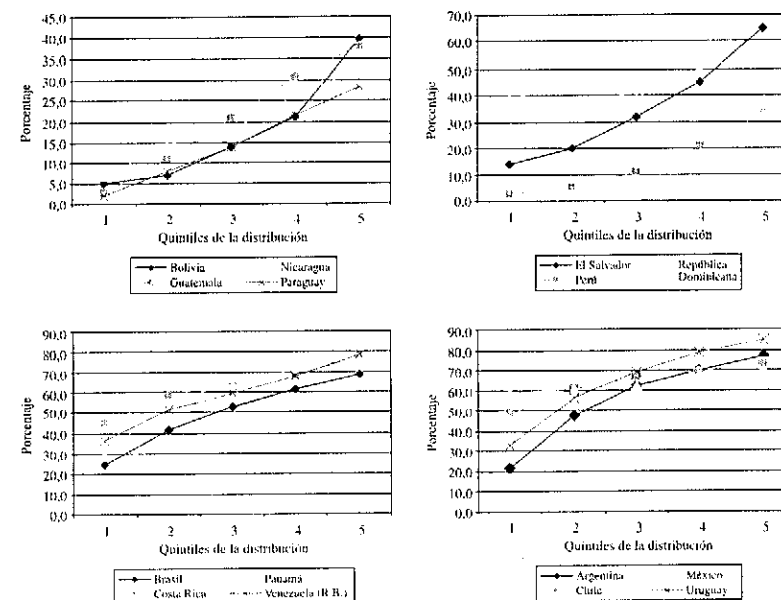
¹⁸ En empresas más chicas, con baja relación capital/trabajo y fuertes restricciones de acceso a los mercados de crédito y de comercio.

de los sistemas contributivos, constituyéndose esto en una eventual carga para el fisco y/o sus familias, toda vez que enfrentados a la pobreza en la vejez demandarán prestaciones garantizadas por el gobierno o dependerán de sus familias para sobrevivir. El porcentaje que cotiza es mayor en las áreas urbanas que en las rurales y es varias veces superior en los sectores de

altos ingresos que en los de ingresos bajos. La cobertura está por debajo del 10% en los quintiles más pobres del grupo de países de más bajos ingresos y con mayor número de dependientes por trabajador formal. En los quintiles más pobres la cobertura aumenta con el nivel de ingresos per cápita de los países (gráfico 19).¹⁹

GRÁFICO 19

América Latina: Ocupados urbanos que contribuyen a la seguridad social, por quintiles de distribución y grupos de países^a
(En porcentajes)



Fuente: Fajnzylber (2005).

^a Ordenados de mayor a menor según la tasa de dependencia de los trabajadores formales.

¹⁹ Encuestas más específicas (como la CASE, Chile) permiten apreciar que la cobertura entre los activos ocupados discrimina por estratos de ingresos, por sexo y por categoría ocupacional. Quedan desprotegidos sobre todo las mujeres (en la medida en que no se las considere beneficiarias de las pensiones de sus mar-

idos), los desempleados, los trabajadores del sector informal y los más pobres. En sociedades muy desiguales, los sistemas contributivos que carecen de un componente de solidaridad dejarán fuera a todos los que no puedan aportar para financiarse una pensión.

La literatura empírica sobre la densidad de cotizaciones a lo largo de las vidas activas concluye que, incluso entre algunos de los países con mayor cobertura previsional como Uruguay, Argentina y Chile, los afiliados distan mucho de alcanzar densidades que permitan aspirar a tasas de reemplazo significativas para su población cubierta.²⁰ Tanto en Argentina como en Chile, la densidad media de cotizaciones es cercana al 50%. El estudio metodológico uruguayo más comparable con los estudios sobre Argentina y Chile muestra que la densidad en Uruguay (60%) es levemente superior a la que se observa en los otros dos casos; sin embargo, se encuentra muy por debajo del 88% exigido para acceder a una "jubilación común" a los 60 años, e incluso del 78% necesario para pensionarse a los 65 años de edad (Bucheli, Foreza y Ferreira-Coinbra, 2005).

Dadas estas importantes características de cobertura, eficiencia y equidad de los sistemas, las principales conclusiones a las que se puede llegar son las cinco siguientes: i) los costos de transición pueden llegar a ser altos e importan, tanto así que han influido sobre el diseño de los sistemas que se han reformado; ii) las connotaciones éticas y relativas a los principios de universalidad, integralidad y solidaridad con que deben concebirse los sistemas de pensiones son diversas y muy profundas, y sobre ellas es preciso alcanzar importantes consensos; iii) son múltiples los actores que se ven afectados por las reformas, que tienen ventajas y desventajas, de modo que es necesario concertar con ellos cada uno de los cambios; iv) la privatización de la administración de los sistemas envuelve importan-

tes intereses económicos y financieros, así como cambios en la estructura de poder frente a la administración de la previsión social, por lo que se deben examinar con detención los argumentos técnicos sobre competitividad y eficiencia.

Finalmente, es preciso moderar la influencia de las instituciones internacionales en la promoción de cierto tipo de reformas, principalmente para recuperar los elementos de solidaridad. En particular, se deberá rescatar el papel del Estado en la regulación del mercado de administradoras de fondos de pensiones y en los aspectos distributivos del sistema. Al promover pilares de capitalización en cuentas individuales, el principio de equivalencia que se aplica a cada afiliado individual asigna a las contribuciones de los afiliados un carácter privado para una cuenta de ahorro individual y de contribuciones definidas, con lo cual resta toda posibilidad de solidaridad interna en el sistema. A falta de regulación en el mercado de administración de cuentas individuales de ahorro, el principio de equivalencia elimina el principio de solidaridad. Según este último principio, sería posible financiar las prestaciones a los más pobres, ancianos y enfermos con las contribuciones de los más ricos, jóvenes y sanos. Al autorizar la administración privada de fondos de pensiones en la forma descrita, el Estado asume una responsabilidad fundamental en el cuidado de los pobres en la vejez, pero sin poder hacer uso de las contribuciones al seguro social para pensiones. En concreto, se separa la función distributiva de la administración privada del seguro social de pensiones, así como también se separa el financiamiento de una y otra de estas tareas.

V

Principales resultados

Sobre la base de la experiencia regional con las reformas a los sistemas de pensiones, tres son los resultados que cabe resaltar. En primer lugar, el tránsito desde sistemas de reparto hacia sistemas de capitalización no es garantía de mayor acumulación de capital físico, sino que, por el contrario, genera importantes deman-

das de ahorro público que deben ser asumidas. En segundo lugar, las reformas no generan incentivos suficientes como para acrecentar la cobertura de la población: por el contrario, han aumentado los factores estructurales que limitan la cobertura contributiva de los sistemas. En tercer lugar, no existe magia para mejorar las prestaciones: esto solo se logra con mayor ahorro y períodos más breves como beneficiario de las prestaciones, lo que tiene que ver con la eficiencia de la administración del ahorro y el ajuste de las prestaciones a cambios en las esperanzas de vida.

²⁰ En Palmezyber (2005) se hace referencia a estudios sobre el tema respecto a Argentina, Uruguay y Chile.

1. ¿Mayor acumulación de capital físico?

Los países que generaron un pilar de capitalización individual no han mostrado aumentos del capital físico en forma proporcional a los aportes de los trabajadores a sus cuentas individuales. Ante todo, el aporte de los trabajadores es ahorro financiero y debe ser intermediado hacia la inversión real, cosa que no se realiza en forma inmediata sino que depende de la estructura de la cartera. Si no se han establecido marcos macroeconómicos apropiados para la asignación de recursos a largo plazo, ni instituciones estructuralmente reguladas y supervisadas para garantizar el funcionamiento del mercado de capital, la mayoría de las carteras estará compuesta por títulos de gobierno y depósitos bancarios. Una contrapartida natural de la creación de cuentas individuales es la formación de un pasivo por concepto de costo de transición, como resultado de las pensiones en curso de pago, los derechos adquiridos por los afiliados activos y las responsabilidades que significan las garantías.

Estas dos tendencias imponen serias limitaciones a los países en cuanto a la transformación del ahorro previsional en acumulación de capital físico y no financiero. Dado el alto costo de transición, muchos países optaron por no sustituir el sistema de reparto en su totalidad, y el porcentaje que va a cuentas individuales es aún pequeño, de modo que el fondo acumulado sigue siendo bajo como porcentaje de su PBI. Por el mismo hecho de tener un alto costo de transición y un déficit histórico tanto en las finanzas públicas como a menudo en el propio régimen previsional, en muchos

países la demanda de fondos por parte del Estado desplaza a la demanda privada de esos mismos fondos, por lo que se observa una alta proporción de títulos de tesorería en la composición de la cartera.

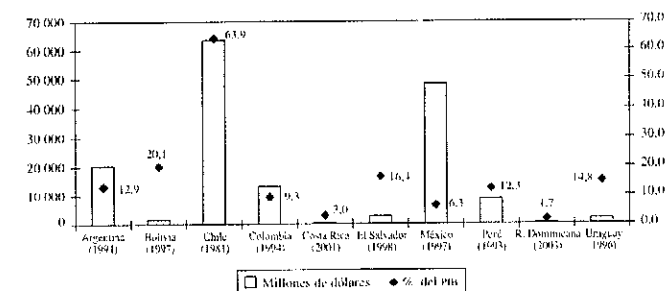
En definitiva, la creación de pilares de capitalización en cuentas individuales genera responsabilidades fiscales frente a la amortización de la deuda previsional con que operaba el sistema de reparto antiguo, además de aquellas por las garantías de las prestaciones a las fuerzas armadas y a los pobres durante la vejez. Tener que hacerse cargo de las pensiones que se están pagando, de los derechos adquiridos en el sistema antiguo por los actuales cotizantes y de las prestaciones por concepto de garantías a las fuerzas armadas y a los pobres (de existir garantías constitucionales), demandará recursos extraordinarios del gobierno. Si este no es capaz de generar un superávit primario para solventar esos gastos terminará pidiendo recursos al mismo mercado de capitales que pretende generar para gastos de inversión de largo plazo mediante la capitalización (gráficos 20 y 21).

2. ¿Mayor cobertura?

Otro rasgo preocupante de las estadísticas de los sistemas reformados es que muestran una permanente diferencia entre el número de afiliados y el número de cotizantes (aportantes) de los sistemas (gráfico 22). La cobertura efectiva medida por la proporción de cotizantes entre los ocupados sigue siendo baja, y el hecho de que exista una gran divergencia entre los alguna vez afiliados y los cotizantes indica que la

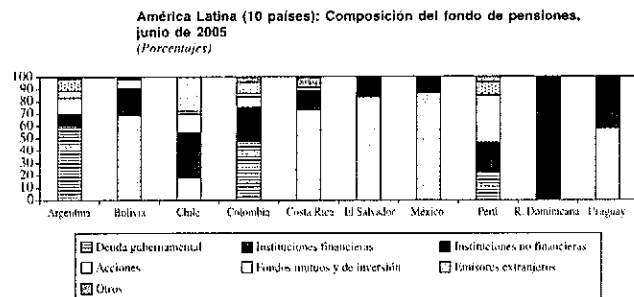
GRÁFICO 20

América Latina (10 países): Fondos administrados, junio de 2005



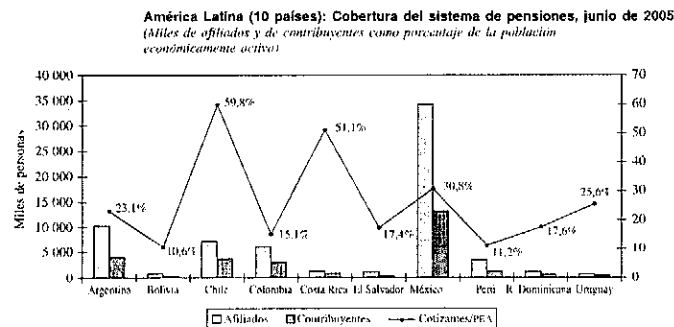
Fuente: Asociación Internacional de Organismos Supervisores de Fondos de Pensiones (AIOSF, 2005).

GRÁFICO 21



Fuente: Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (AIOS, 2005).

GRÁFICO 22



Fuente: Asociación Internacional de Organismos Supervisores de Fondos de Pensiones (AIOS, 2005).

densidad o regularidad con que se aporta al sistema es intermitente y, por ende, la continuidad del ahorro es irregular. Todo esto, que puede traducirse en poca acumulación de fondos a la hora de pensionarse, afecta en forma importante el monto de la prestación, sobre todo entre quienes tienen ingresos bajos y quienes no logran contribuir a temprana edad, de modo que la capitalización no actúa a su favor.

Ante esta advertencia, diversos países han iniciado estudios de panel para examinar las historias laborales y contributivas de los afiliados, con el fin de determinar la tasa de reemplazo que alcanzarán, y si calificarán para financiarse su pensión o para recibir

pensiones mínimas y/o asistenciales garantizadas por el Estado.

Según datos administrativos de diversos sistemas de pensiones en América Latina, la densidad media de los aportes se encuentra entre el 50% y el 70%. La densidad media de las contribuciones en la vida laboral es varios puntos más alta entre los hombres que entre las mujeres. Los sectores de más altos ingresos presentan densidades significativamente superiores (excepto entre los 18 y los 25 años, período de estudio) a las de los grupos de ingresos inferiores. Se observa, sobre todo en el estrato más bajo, una tendencia a comenzar con densidades contributivas relativamente

CUADRO 3

Argentina, Uruguay y Chile: Características de la distribución de los aportes

País	Estudio	Muestra	Densidad media (%)
Argentina	Bertrando y Sánchez (2003)	Trabajadores dependientes, sector privado, 25-65 años, con al menos un aporte entre 1994 y 2001 Datos administrativos	49
Uruguay	Lagomarsino y Lanzetta (2004)	Trabajadores dependientes privados, con al menos un aporte durante el 2° semestre de 1996, densidad de aportes observados entre 1997 y 2003 Datos administrativos	70.2 69.7 (H) 70.9 (M)
	Bucheli, Forteza y Ferreira-Coimbra (2005)	Contribuyentes al Banco de Previsión Social (BPS) con al menos un aporte entre 1996 y 2004 Datos administrativos	60.8 62.9 (H) 58.5 (M)
Chile	Arenas de Mesa, Behman y Bravo (2004)	Afiliados al sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), con al menos un aporte entre 1980 y 2001 Historias entregadas en Encuesta Panorama Social (EPS)	52.4 59.8 (H) 41.4 (M)
	Benstein, Larrán y Pino (2005)	Afiliados a sistema de AFP, con al menos un aporte entre 1980 y 2001 Datos administrativos	53 59 (H) 41 (M)

Fuente: Los autores citados en el cuadro.

bajas a los 21 años e ir aumentando paulatinamente la frecuencia de los aportes durante la vida activa (cuadro 3).

Todo lo anterior sugiere que los sistemas que estrechan las relaciones entre los aportes contributivos y las tasas de reemplazo tenderán a reproducir las inequidades de la vida laboral, transformándolas en inequidades de las pensiones sin dejar espacio para subsidios compensatorios entre cotizantes dentro del sistema (CEPAL, 2002). Los grupos más desprotegidos (y especialmente las mujeres) verán fuertemente reducidas sus pensiones debido a la baja densidad relativa de sus aportes y en el caso de los quintiles más bajos, a la tendencia a postergar las contribuciones hasta etapas más avanzadas de la vida laboral. La densidad de las contribuciones varía fuertemente entre hombres y mujeres,²¹ siendo este el factor determinante de las largas lagunas previsionales femeninas por el tiempo dedicado al cuidado de niños, responsabilidades personales, embarazo o quehaceres del hogar²²

(Marco, 2004; Reyes, 2004). Esta realidad difiere enormemente de las exigencias de densidad contributiva de los sistemas que operan en la región (cuadro 4).

3. ¿Mejores pensiones?

El avance hacia contribuciones definidas debe cumplir con tres requisitos para garantizar buenas pensiones: i) alta densidad de cotizaciones, que como vimos en el apartado anterior distan de ser una realidad; ii) alta rentabilidad de los fondos de pensiones, y iii) bajos costos administrativos.

Las rentabilidades de los fondos de pensiones están sujetas a riesgos financieros propios de los mercados de capitales. Los sistemas se han promovido recurriendo a información de tasas históricas del modelo chileno superiores a 20%, correspondientes a quienes han contribuido durante los 25 años de existencia de dichos fondos. Sin embargo, las tasas no han

²¹ En los tres quintiles más bajos de la distribución del ingreso de las mujeres (el 60% de menores ingresos) estas exhiben casi toda la vida densidades medias inferiores al 40%, mientras que los hombres tienen ya en el segundo quintil densidades medias sistemáticamente superiores a esa cifra.

²² Aunque este hecho puede estar directamente asociado con un fenómeno conocido, que es la participación laboral relativamente baja de la mujer en Chile, cabe rescatarlo en el debate sobre mecanismos para ampliar la cobertura. Las actividades mencionadas de las mujeres constituyen aportes significativos al desarrollo de un país, aunque no estén vinculadas a contratos remunerados formales con cobertura previsional.

CUADRO 4

América Latina: Densidades mínimas exigidas en los sistemas públicos de pensiones^a

País	Opción de retiro	Edad mínima de retiro		Mínimo de años de aportes		Densidad mínima a la edad de jubilar (%)		Densidad mínima (%) 20-65 años
		Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer	Hombre	
Chile	Máxima tasa de reemplazo	60	65	20	20	50	44	44
Bolivia		50	55	15	15	50	43	33
México		65	65	9,5	9,5	21	21	21
El Salvador		55	60	25	25	71	63	56
R. Dominicana	Contributivo	60	60	30	30	75	75	67
	Contributivo subsidiado	60	60	25	25	63	63	56
Nicaragua		60	65	—	—	—	—	—
Perú		65	65	20	20	44	44	44
Colombia		55	60	20	20	57	50	44
Argentina		60	65	30	30	75	67	67
Uruguay	Jub. común	60	60	35	35	88	88	78
	Jub. a edad avanzada	70	70	15	15	30	30	33
	Pensión de vejez (no contributiva)	70	70	—	—	—	—	—
Costa Rica	Noratal	65	65	20	20	44	44	44
	Anticipado	59,9	61,9	38	39	95	93	86
Ecuador	Opción 1	60	60	30	30	75	75	67
	Opción 2	65	65	10	10	22	22	22
	Opción 3	70	70	15	15	30	30	33
Brasil		60	65	15	15	38	33	33
Cuba		55	60	25 ^b	25 ^b	71	63	56
Guatemala		60	60	15	15	3	38	33
Honduras		60	65	15	15	38	33	33
Panamá		57	62	15	15	41	36	33
Paraguay	Opción 1	60	60	25	25	63	63	56
	Opción 2	55	55	30	30	86	86	67
Venezuela (R.B.)		55	60	14,5	14,5	41	36	32

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Mesa-Lago (2004, cuadros 4 y 15).

^a En el cuadro se sigue el orden de presentación empleado por Mesa-Lago. Primero figuran las seis experiencias de reformas sustitutivas (Chile, Bolivia, México, El Salvador, República Dominicana y Nicaragua), seguidos por los dos ejemplos de esquemas paraceros (Perú y Colombia), los cuatro países con pilares mixtos (Argentina, Uruguay, Costa Rica y Ecuador), y siete países con reformas paramétricas o sin reformas al 2004.

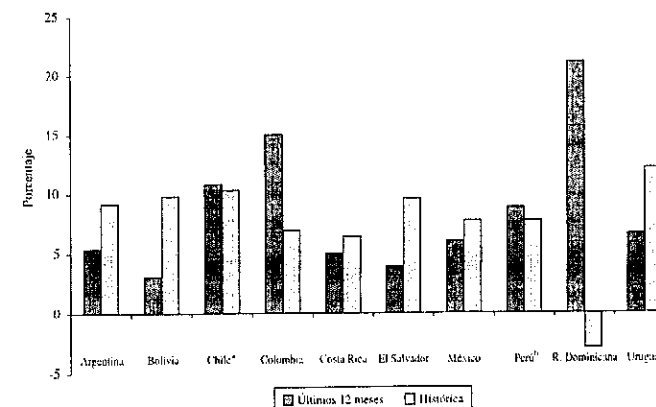
^b En Cuba el requisito se refiere a los años de trabajo.

estado exentas de una alta volatilidad, observándose diferentes rentabilidades para afiliados que han estado dentro del sistema en distintos períodos. Además, en otros casos se ha visto la imposibilidad de aislarlas de riesgos políticos, como lo fue la crisis sistémica ocasionada por el abandono de la ley de convertibilidad en Argentina (gráfico 23).

En efecto, la combinación de diferentes períodos de cotizaciones con distintas rentabilidades puede representar una baja rentabilidad para el afiliado durante su período de afiliación activa. Esto, junto a altas comisiones y baja densidad de cotizaciones, puede traducirse en una situación explosiva para el financiamiento de garantías de pensiones mínimas y asistenciales.

GRÁFICO 23

América Latina (10 países): Rentabilidad bruta real de los fondos de pensiones, junio de 2005



Fuente: Asociación Internacional de Organismos Supervisores de Fondos de Pensiones (AIOS, 2005).

^a La rentabilidad en Chile corresponde al Fondo C.

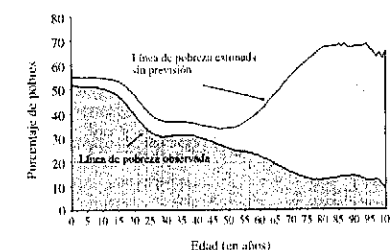
^b La rentabilidad histórica corresponde a los últimos 120 meses.

si una gran mayoría de afiliados no dispone de fondos para financiarse su pensión. Esta posibilidad ha sido estudiada por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (sarp) en Chile.

La experiencia de Brasil muestra lo importantes que pueden ser los ingresos previsionales para disminuir la incidencia de la pobreza determinada por los ingresos de mercado entre los adultos mayores. Este país tiene un programa de amplia cobertura previsional en el área rural, de naturaleza no contributiva, que se refleja en una fuerte reducción de los niveles de incidencia de la pobreza a partir de los 60 años y más. Vemos así que la previsión social dispone de importantes instrumentos distributivos, pero estos requieren acuerdos muy complejos (gráfico 24). En su forma no contributiva hay transferencias en calidad de subsidio desde los impuestos generales y en ciertos casos transferencias solidarias de cotizaciones a adultos mayores. En su forma contributiva hay traspaso de ahorro hacia los adultos mayores desde los grupos más jóvenes, ya se trate de contemporáneos (sistema de reparto) o del afiliado mismo en una etapa más joven de su ciclo de vida (sistema de capitalización).

GRÁFICO 24

Brasil: El rol distributivo de la previsión social, 1999
(Grado de pobreza por edad)



Fuente: Encuesta nacional de hogares (PNAD) de 1999, Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA)/Ministerio de Previsión y Asistencia Social.

Un dilema fundamental de los sistemas de pensiones son las complejas relaciones entre los mecanismos de financiamiento contributivo y no contributivo.

Ambos cumplen con las funciones requeridas por un sistema de pensiones, solo que las prestaciones pueden ser no contributivas o estar ligadas a los esfuerzos contributivos. Es posible que la certeza de contar con prestaciones no contributivas merme los esfuerzos de contribución al sistema, en una suerte de efecto de sustitución, y por ende genere incentivos perversos para la afiliación.

Aunque las prestaciones previsionales pueden ayudar mucho a reducir la incidencia de la pobreza entre los adultos mayores, el componente distributivo debe concebirse como complementario del componente contributivo. Existen de hecho formas tan extremas como el modelo neozelandés, en el cual la totalidad de la prestación es no contributiva y universal y existe un sistema privado de ahorro complementario. Y por otro lado está el modelo chileno, que es contributivo y de capitalización en cuentas de ahorro individual administradas por privados y que entrega al Estado un papel solo distributivo.

La posible ampliación de la cobertura mediante políticas distributivas que ofrecen pensiones asistenciales garantizadas debe hacerse en forma muy cuidadosa, de modo que la estructura de incentivos del componente contributivo no se vea afectada por el papel distributivo del Estado dentro o fuera del sistema. Sin embargo, la ausencia de políticas que garanticen la estabilidad del empleo hará que los sistemas contributivos sirvan cada vez más para seleccionar la capacidad de esfuerzo de los afiliados y separarlos

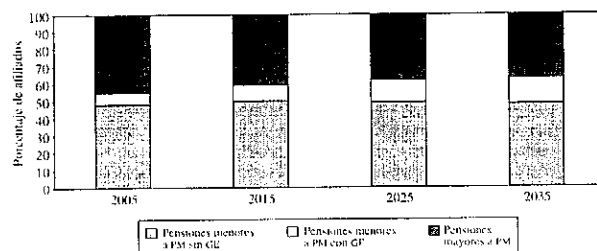
entre plenamente asegurados, subasegurados y no asegurados. Para estas dos últimas categorías de afiliados habrá, como lo demuestra el caso de Chile, una creciente demanda de garantías explícitas, ya sea en forma de pensiones asistenciales o de un seguro subsidiado para quienes, habiendo hecho un esfuerzo, no alcanzan una pensión "digna" (gráfico 25).

El modelo chileno garantiza una prestación mínima para todos los que han contribuido por 240 meses al sistema y que una vez llegados a la edad de retiro no alcanzan a financiar el valor de esa prestación. Sin embargo, para el resto no asegura ni siquiera una pensión asistencial, la que solo se entrega conforme a cupos fijados en el presupuesto nacional y a criterios estrictos de focalización.

Las proyecciones de los sistemas chilenos de contribuciones definidas muestran que, bajo supuestos razonables de crecimiento del PIB per cápita, de los salarios y de la rentabilidad de los fondos de pensiones, los afiliados que lleguen a la edad de jubilar serán elegibles para pensiones mínimas garantizadas por el Estado, ya sea que estén o no en situación de pobreza. Los que recibirán una pensión mínima garantizada por el Estado serán una proporción cada vez mayor. De este modo, el sistema que reforma el componente contributivo solo beneficia a menos de la mitad de los trabajadores, dejando una creciente carga distributiva en manos del Estado. Conforme a estimaciones del Ministerio de Hacienda de Chile, esto significará enormes pasivos contingentes (Arenas de Mesa, Llanes y Miranda, 2005).

GRÁFICO 25

Chile: Proyecciones de diferentes tipos de pensiones de afiliados al sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)^a



Fuente: Bernstein y Ruiz (2005).

a. Las pensiones inferiores a la pensión mínima, con o sin garantía del Estado, crecen al 2%, los salarios al 2% y la rentabilidad al 5%.

VI

Un pacto de cohesión social

El tema previsional necesita importantes acuerdos políticos y sociales para resolver sus complejas interacciones. En particular, es preciso conciliar la agenda de los derechos con la agenda de las finanzas públicas, de modo que el sistema de pensiones que se concibe i) promueva el ahorro previsional y ii) otorgue pensiones de vejez digna a los pobres. A estos dos objetivos, de por sí complejos, se han agregado hoy otros a los que debe contribuir el nuevo diseño: iii) lograr la solvencia de las finanzas públicas; iv) generar ahorro financiero para el desarrollo del mercado de capital, y v) contribuir a la competitividad.

Para la jerarquización y conciliación de estos objetivos se necesita un acuerdo político muy amplio que permita compatibilizar cinco grandes estrategias. Primero, en el plano macroeconómico e institucional, una estrategia para la defensa de la capacidad de crecimiento e inversión de la economía en un contexto de estabilidad nominal y real. Esto implica reconocer dentro del acuerdo social la importancia de un pilar macroeconómico e institucional que lleve a cabo políticas contracíclicas mediante reglas de superávit estructural y/o fondos de estabilización; que implante una estricta regulación y supervisión de los mercados financieros y de administración de fondos de pensiones y que establezca reglas claras para el manejo monetario, cambiario y de reservas internacionales, con miras a dar credibilidad al tipo de cambio real y la tasa de interés.

En segundo lugar, una estrategia de permanente conciliación (lo que implica también adaptación) del sistema de pensiones con las estructuras y dinámicas de la población, del mercado de trabajo y de las finanzas públicas. No debe plantearse un modelo único de sistema de pensiones para distintos países, ni para un mismo país a lo largo del tiempo. El modelo debe irse adaptando a la evolución de las estructuras demográficas, de las familias, del mercado de trabajo y de las finanzas públicas, y debe incluir siempre criterios de universalidad y solidaridad, de modo que bajo prestaciones mínimas pero socialmente aceptadas, su financiamiento y la forma de administrarlo no deje a personas subaseguradas o no aseguradas.

En tercer lugar, una estrategia de fortalecimiento secular de la base contributiva, pues además de mejo-

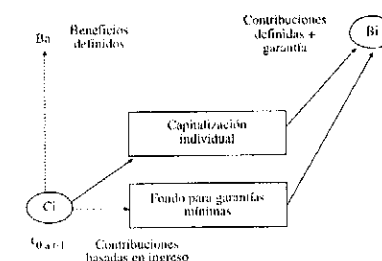
rar las bases económicas y financieras para el crecimiento (pilar macroeconómico), es preciso mejorar también la capacidad productiva de los afiliados. Esta estrategia reconoce dos pilares adicionales: uno de formación de capital humano mediante la educación y capacitación de la fuerza de trabajo, y otro de desarrollo productivo y empleo, destinado a aprovechar los nichos y potencialidades del país y a estimular las actividades necesarias de investigación y desarrollo.

En cuarto lugar, una estrategia que incluya tanto mecanismos de ahorro solidarios para financiar prestaciones, sobre todo tratando de premiar esfuerzos mediante sistemas de contribuciones definidas, como fondos de garantías actuarialmente determinados para prestaciones mínimas. El desafío es el de regular la forma de financiamiento de las prestaciones de modo de conciliar los principios de equivalencia con los de solidaridad. Lo esencial es que en cada contrato social las prestaciones no superen las contribuciones debidamente capitalizadas. Tales principios entran en contradicción cuando el de equivalencia se lleva a la práctica en contratos individuales sin permitir subsidios cruzados para asegurar la solidaridad (gráfico 26).

Lo que la CEPAL propone es dar contenido social al pacto fiscal con un acuerdo social que lo oriente, y hacerlo mediante cinco pilares, siendo el quinto la

GRÁFICO 26

Esquema de una combinación de pilar contributivo y pilar solidario



Fuente: Elaboración propia.

democracia participativa (cuadro 5). Este último pilar promueve la participación ciudadana en las decisiones fundamentales que debe adoptar la sociedad, en especial sobre la forma de mejorar la cobertura y las prestaciones inmediatas y de largo plazo de los sistemas de pensiones. Estos sistemas, por lo tanto, deben tener flexibilidad suficiente para adaptarse a las diferentes etapas de desarrollo de la sociedad, y en cada uno de ellos es preciso decidir qué monto de los fondos se puede destinar a instrumentos financieros, dadas las restricciones financieras de la sociedad y la forma en que se manifiestan en el heterogéneo mundo conformado por diferentes tipos de familias, de unidades productivas y de oportunidades ocupacionales.

Para que las brechas del Estado de bienestar permitan ampliar las coberturas, es preciso que las fuen-

tes y los mecanismos de administración del financiamiento sean altamente específicos. Pero no cabe duda de que la tríada mercado, familia y Estado solo puede proveer cobertura universal una vez que exista un acuerdo social en torno a i) las garantías explícitas mínimas de las prestaciones, ii) las fuentes de financiamiento solidario y iii) los requisitos para acceder a las prestaciones. La rapidez con que envejece la población latinoamericana, el efecto sobre el empleo que ha tenido la permanente adaptación del aparato productivo a las nuevas condiciones de competitividad, y las diversas formas en que la sociedad reacciona para sobrevivir en estas condiciones, hacen de la protección social en materia de pensiones un desafío prioritario, cuya solución no puede sino adaptarse constantemente a las características de cada situación particular.

CUADRO 5

Componentes necesarios de un acuerdo social compatible con un pacto fiscal

Responsabilidades fiscales	Acuerdo compatible con un pacto fiscal		Democracia	
	Papel relevante de la educación	Más y mejores empleos	Seguridad social, universal, solidaria y eficiente	Mejora de la cohesión social
Garantías mínimas	Educación secundaria universal	Abordamiento de la heterogeneidad productiva	Reforma de las mezclas público-privadas	Fomento de la participación ciudadana en aspectos de interés colectivo
Mejora de la productividad en la provisión pública de bienes públicos o socialmente valorados	Reducción de las diferencias entre la educación de elite y la pública	Consideración de la heterogeneidad productiva	Incorporación de la solidaridad al financiamiento para mejorar el acceso sin sacrificar ahorro y seguro	Mejora de la gobernabilidad, revisando los incentivos para invertir en servicios sociales básicos que hayan sido privatizados y perfeccionando su marco regulatorio
	Educación preescolar para los pobres	Inversión pro empleo	Mejora de la protección contra riesgos contingentes	
	Aprender a aprender	Enfoque de recursos humanos	Mejora de la protección contra riesgos contingentes	
	Seguros escolares	Reducción de la discriminación	Financiamiento de vivienda para los pobres	
		Mejora de las relaciones laborales, considerando las exigencias de la innovación y el ciclo económico		
		Readiestramiento		
		Seguro de desempleo		

Fuente: Elaboración propia, sobre la base de CEPAL (2004b y 2000).

Bibliografía

- AIOB (Asociación Internacional de Organismos Supervisores de Fondos de Pensiones) (2005): *Boletín estadístico*, N° 13, Buenos Aires, junio.
- Arenas de Mesa, A. (2000): *Proyecciones del déficit previsualizado chileno: gasto público en pensiones, 1999-2010*, serie Seminarios y conferencias, N° 3, LC/L.1456-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Arenas de Mesa, A. y J. Guzmán Cox (2003): *Política fiscal y protección social: sobrevivir en la experiencia chilena*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 136, LC/L.1920-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), julio.
- Arenas de Mesa, A., J. Behrman y D. Bravo (2004): Characteristics and determinants of the density of contributions in a private social security systems, documento presentado al Encuentro Anual 2004 de la Sociedad de Economistas de Chile, Santiago de Chile, agosto.
- Arenas de Mesa, A., M.C. Llanes y F. Miranda Bravo (2005): Protección social efectiva, calidad de la cobertura y efectos distributivos del sistema de pensiones en Chile, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), inédito.
- Arrau, P. (1994): *Fondos de pensiones y desarrollo del mercado de capitales en Chile: 1980-1993*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 19, LC/L.839, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- (1996): *Nota sobre el aumento del ahorro nacional en Chile*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 39, LC/L.984, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Atriagada, U. (comp.) (2005): *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*, serie Seminarios y conferencias, N° 46, LC/L.2373-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), octubre, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.G.118.
- Banco Mundial (1994): *Averting the Old-Age Crisis: Policies to protect the Old and Promote Growth*, Washington, D.C.
- (2004): *World Development Indicators*, Washington, D.C., abril.
- Beinstein, S. y J. Ruiz (2005): *Sensibilidad de la demanda con consumidores desinformados: el caso de las AFP en Chile*, serie Documentos de trabajo, N° 4, Santiago de Chile, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, abril.
- Bernstein, S., G. Larrán y F. Pino (2005): Cobertura, densidad y pensiones en Chile: proyecciones a 30 años plazo, Santiago de Chile, División de Estudios, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, inédito.
- Bertrando, F. y A. Sánchez (2003): Características y determinantes de la densidad de aportes a la seguridad social en la Argentina 1994-2001. *Historias laborales en la seguridad social*, Buenos Aires, Oficina de la OIT en Argentina/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, octubre.
- Bravo, J. y A. Uthoff (1999): *Transitional Fiscal Costs and Demographic Factors in Shifting from Unfunded to Funded Pensions in Latin America*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 88, LC/L.1264-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.99.II.G.38.
- Bucheli, M., A. Fontela y N. Ferreira-Columba (2005): *El acceso a la jubilación o pensión en Uruguay: ¿cuántos y cuáles lo lograrán?*, serie Estudios y perspectivas, N° 4, LC/L.2487-P, Montevideo, Oficina de la CEPAL en Montevideo, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.06.II.29.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1991): *Sistemas de pensiones de América Latina. Diagnóstico y alternativas de reforma*, Estudios de caso de América Latina y el Caribe, Conclusiones y recomendaciones, serie Financiamiento del desarrollo, N° 9, LC/L.656, Santiago de Chile.
- (1996): *Fortalecer el desarrollo: interacciones entre nuevo y subdesarrollado*, serie Libros de la CEPAL, N° 42, LC/G.1898/Rev.1-P, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.96.II.G.12.
- (1998): *El pacto fiscal: fortalecer, debilidades, desafíos*, LC/G.1997/Rev.1-P, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.98.II.G.5.
- (2000): *Equidad, desarrollo y ciudadanía*, LC/G.2071/Rev.1-P, Santiago de Chile, agosto, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.00.II.G.81.
- (2002): *Globalización y desarrollo* (LC/G.2157/SES.29/3), Santiago de Chile, abril.
- (2004a): *Panorama social de América Latina, 2004*, LC/L.2220-P, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.04.II.G.148.
- (2004b): *Desarrollo productivo en economías abiertas*, LC/G.2234, Santiago de Chile, junio.
- (2005a): *Objetivos de desarrollo del Milenio: una mirada desde América Latina y el Caribe*, LC/G.2331-P, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.G.107.
- (2005b): *Estudio económico de América Latina y el Caribe, 2004-2005*, LC/G.2279-P, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.G.2.
- (2005c): *Panorama social de América Latina, 2005*, LC/G.2288-P, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.G.161.
- Corbo, V. y K. Schmidt-Hebbel (2003): Efectos macroeconómicos de la reforma de pensiones en Chile, *Resultados y desafíos de las reformas de pensiones*, Santiago de Chile, Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social (CEDESU)/Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones (FIAP).
- Fajnzylber, F. (2005): *Sistemas de capitalización, densidad de cotizaciones, y cobertura contributiva*, documento de trabajo, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), inédito.
- Gill, I., T. Packard y J. Yermo (2004): *Keeping the Promise of Old Age Income Security in Latin America*, Washington, D.C., Banco Mundial.
- Held, G. (1994): ¿Liberalización o desarrollo financiero?, *Revista de la CEPAL*, N° 54, LC/G.1845-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), diciembre.
- Holzmann, R. (1997): On economic benefits and fiscal requirements of moving from unfunded to funded pensions, serie Financiamiento del desarrollo, N° 48, LC/L.1013, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Holzmann, R., R. Hinz y otros (2005): *Old Age Income Support in the Twenty-first Century: an International Perspective on Pension Systems and Reform*, Washington, D.C., Banco Mundial, versión electrónica.
- Jiménez, I. y J. Cuadras (2003): *Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: cuatro aspectos críticos y sugerencias de política*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 131, LC/L.1913-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), junio, Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.03.II.G.71.

- Lagoarinho, G. y H. Lauritzen (2004): Densidad de aportes a la seguridad social en Uruguay. Análisis de su evolución y determinantes a partir de los datos registrales de historia laboral (1997-2003), documento preparado para el Equipo de Representación de los Trabajadores en el Banco de Previsión Social (BPS), Montevideo, diciembre.
- Larraín, C. (1996): Operación de conglomerados financieros en Chile: una propuesta, serie Financiamiento del desarrollo, N° 37, LC/L.949, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Machuca, J.L. y A. Uthoff (comps.) (2005): *Integración económica y cohesión social: lecciones aprendidas y perspectivas*, ICAW 29, Santiago de Chile, Naciones Unidas, octubre.
- Marco, P. (comp.) (2004): *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*, serie Cuadernos de la CEPAL, N° 90, LC/G.2262-P, Santiago de Chile, octubre. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.04.II.G.129.
- Mesa-Lago, C. (2000): *Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI*, serie Políticas sociales, N° 36, LC/L.1249-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.00.II.G.5.
- (2004): *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 144, LC/L.2090-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.04.II.G.29.
- Meley, S., R. Machado y S. Pettinato (1999): *Indexes of Structural Reform in Latin America*, serie Reformas económicas, N° 12, LC/L.1166-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- OIT (Organización Internacional del Trabajo) (2005): *Panorama laboral 2005*, Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Pinheiro, C. y S. Paiva (2000): *Reforma previsional en Brasil: la nueva regla para el cálculo de los beneficios*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 97, LC/L.1386-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.00.II.G.62.
- Reyes, G. (2004): Razones para no cotizar, Santiago de Chile, División de Estudios, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, inédito.
- Smeeding, T. y K. Ross (2001): Social protection for the poor in the developed world: the evidence from LIS, en N. Lustig, *Shielding the Poor: Social Protection in the Developing World*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo.
- St. John, S. y L. Willmore (2001): Two legs are better than three: New Zealand as a model for old age pensions, *World Development*, vol. 29, N° 8, Amsterdam, Elsevier, agosto.
- Titelman, D. y A. Uthoff (2005): The role of insurance in social protection in Latin America, *International Social Security Review*, vol. 58, N° 2-3, Oxford, Reino Unido, Blackwell Publishing.
- Uthoff, A. (1995): Reformas a los sistemas de pensiones en América Latina y el Caribe, *Revista de la CEPAL*, N° 56, LC/G.1874-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), agosto.
- Uthoff, A. y N. Ruedi (2005): Protección social en las familias: un análisis a partir de las encuestas de hogares, en I. Arriagada (comp.), *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*, serie Seminarios y conferencias, N° 46, LC/L.2373-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), octubre. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.05.II.G.118.
- Uthoff, A., C. Vera y N. Ruedi (2006): *Relación de dependencia del trabajo formal y brechas de protección social en América Latina y el Caribe*, serie Financiamiento del desarrollo, N° 169, LC/L.2497-P, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), febrero.



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

ADJUNTÍA PARA LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL

INFORME DEFENSORIAL N° 085

La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral

Lima, abril de 2004



INFORME DEFENSORIAL N°085

La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral¹

I. ALCANCES DEL INFORME

El problema de los regímenes pensionarios públicos regulados por los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, se agudiza en la medida en que los recursos destinados a su financiamiento -aportaciones de los afiliados, rendimiento del fondo previsional- se hacen cada vez más insuficientes para cubrir el costo de las prestaciones otorgadas por éstos; comprometiendo gravemente su sostenibilidad en el tiempo.

El desequilibrio financiero del sistema obedece tanto a la ausencia de estudios actuariales adecuados que consideren las variaciones demográficas que afectaron a nuestro país durante las últimas décadas², los altos índices de morosidad en las aportaciones³, así como al uso indebido por parte del Estado de los recursos de la seguridad social.

Esta situación ha traído como consecuencia que se destinen cada vez mayores recursos del Tesoro Público para financiar el equilibrio del sistema, postergando así la implementación y ejecución de políticas públicas y proyectos de inversión tan necesarios para el desarrollo de nuestro país y específicamente para la lucha contra la pobreza.

Conjuntamente con las anteriores, una de las causas principales que explican la difícil situación del sistema previsional público son las modificaciones introducidas por fuente legal o jurisprudencial⁴ en su marco normativo; los cuales, al margen del cuestionamiento de su legalidad, no necesariamente han tenido como objetivo la eficiencia y sostenibilidad de éste.

¹ Elaborado por un equipo de trabajo de la Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo, integrado por Christian Sánchez Reyes, Alberto Arequipeno Támara, Hugo Carrasco Mendoza, Celín Valerio Milla, Alfredo Portal Galdós, Inés Mujica Checa y Rocina Melgarejo Cabello; sobre la base del Informe presentado por el Dr. Javier Neves Mujica quién elaboró una consultoría sobre la materia por encargo de la Defensoría del Pueblo.

² Al respecto, el Informe Final de la Comisión Especial encargada de elaborar el informe sobre la situación de los regímenes previsionales comprendidos en los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado, creada mediante Decreto Supremo 003-2001-TR, señala que en el Perú los cambios demográficos que se han registrado en los últimos 30 años elevaron la esperanza de vida de 55.5 años a 69.8 años, contados a partir del nacimiento (25.76%).

³ El mismo informe señalado en la nota anterior informa que en cuanto al Decreto Ley N° 19990 la morosidad en la aportación representa una recaudación menor del orden del 53%

⁴ Nos referimos tanto a pronunciamientos tanto del Poder Judicial, del Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunal Constitucional, como a los pronunciamientos de diversas entidades administrativas.

En tal sentido, debemos precisar que el presente informe se encuentra referido fundamentalmente a las deficiencias del marco normativo del sistema y en consecuencia tiene como objetivo brindar elementos de juicio para la reforma de los regímenes previsionales regulados por los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530. Para tal efecto se hace un análisis detallado de las características y problemas de estos sistemas pensionarios con el fin de identificar y proponer alternativas para corregir sus distorsiones, en primer lugar, en el marco de la Constitución vigente, tal como la interpreta el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, dado que los cambios normativos que pudieran hacerse dentro del marco constitucional vigente podrían resultar insuficientes, se analiza la posibilidad y necesidad de modificar la actual Carta Política, específicamente la Primera Disposición Transitoria y Final que consagra por excepción la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional para los trabajadores públicos, que como veremos constituye uno de los problemas fundamentales a la hora de plantear una reforma del sistema que tenga impacto en la situación actual.

II. COMPETENCIA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

El artículo 162° de la Constitución Política del Perú establece que la Defensoría del Pueblo tiene como función fundamental defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad en general; así también, según este artículo, es competencia de la Defensoría del Pueblo, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Por cierto, esta misión también se encuentra prevista en el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520.

En ese sentido, debe tenerse presente que el artículo 10° de la Constitución Política establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. Asimismo, el artículo 11° de la propia Constitución dispone que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Por lo expuesto, el Estado Peruano tiene un mandato constitucional consistente en la implementación y mantenimiento de un sistema previsional con participación privada y/o pública que garantice a todos los ciudadanos el acceso a pensiones que le posibiliten, a él y a su familia, una vida acorde con su dignidad; tarea que en estos momentos resulta prioritaria dada la crisis por la cual atraviesan estos sistemas.

La Defensoría del Pueblo es consciente de la necesidad de contribuir en el desarrollo de esta tarea; necesidad que se hace más urgente si se tiene en consideración las frecuentes quejas y denuncias recibidas de parte de ciudadanos respecto al reducido monto de sus pensiones que no les permite cubrir sus necesidades vitales. En este orden de ideas comparte la preocupación generalizada de las entidades estatales y de la sociedad civil respecto a las deficiencias e inequidades, sobre todo del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, situación que demanda de la Defensoría del Pueblo un esfuerzo para aportar elementos de juicio conducentes a implementar los cambios normativos e

institucionales necesarios, a fin de dar vigencia efectiva a las normas constitucionales antes señaladas.

En cumplimiento de este imperativo, la Defensoría del Pueblo desea aportar las consideraciones aquí expuestas al debate nacional acerca de las medidas a adoptarse a fin de reformar el marco institucional del sistema previsional público.

III. ANTECEDENTES

A inicios de la década de los noventa, la gestión de la previsión social en el Perú se encontraba a cargo exclusivamente del Estado. El sistema estaba estructurado en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones.

Los regímenes generales existentes en cada caso, denominados Régimen de Prestaciones de Salud, regulado por el Decreto Ley N° 22482 del 27 de marzo de 1979 y el Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley N° 19990 del 24 de julio de 1973, eran gestionados por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de éstos y de sus empleadores. La tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos fueron declarados como intangibles por el ordenamiento legal de ese entonces.

En los dos ámbitos, el de la salud y el de pensiones, existían, sin embargo, algunos regímenes especiales. El más importante de éstos, para efectos del presente Informe, se mantenía en el campo de las pensiones y era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado establecido por el Decreto Ley N° 20530 del 26 de febrero de 1974.

3.1 Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 19990

Este régimen fue creado, sobre la base de los regímenes de pensiones de los trabajadores obreros y empleados, mediante el Decreto Ley N° 19990, del 1° de Mayo de 1973, el mismo que fuera reglamentado por el Decreto Supremo N° 011-74-TR. De esta manera quedaron incorporados en el régimen los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, independientemente de su categoría (Leyes N°s. 4916 y 8433).

Pero además fueron incluidos en este régimen los trabajadores de la administración pública que no se encontraban comprendidos dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530. Efectivamente, mediante el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962, se incorporó a los trabajadores estatales que ingresarán a laborar a partir de esta fecha, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, creada por la Ley N° 13724.⁵

⁵ Adicionalmente, se encuentran comprendidos en este régimen los trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente, en calidad de afiliados facultativos.

Este régimen opera bajo la lógica de un sistema de reparto, es decir mediante aportes de los activos a un fondo colectivo que sirve para financiar las pensiones de los jubilados. La solidaridad uno de los principios fundamentales que orientan este sistema, toda vez que las personas que aportaron más al sistema verán reducidas sus pensiones a favor de quienes aportaron menos. Por esta razón, en este régimen, el derecho a una pensión de jubilación se obtiene en base a dos elementos: edad del afiliado y periodo de aportación. De igual forma este sistema supone necesariamente la existencia de pensiones máximas y mínimas a efectos de mantener el equilibrio financiero del mismo.

Sobre el particular, es de advertirse que mediante Resolución Jefatural N° 032-96/ONP-JEFATURA, la ONP aplicó una interpretación restrictiva del artículo 80° del Decreto Ley N° 19990 y entendió que los requisitos de edad y años de aportación deberían ser cumplidos concurrentemente por el afiliado al momento de dar por finalizada su vida laboral. Dicho criterio ha sido modificado por la Resolución Jefatural N° 123-2001-JEFATURA/ONP del 22 de junio de 2001, en la que se dispone que no se trata de requisitos concurrentes, pudiendo el trabajador cesado esperar a cumplir la edad requerida para la jubilación y recién tramitar su solicitud.

Adicionalmente, el sistema otorga pensiones de invalidez cuando el asegurado se encuentre en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente que le impida desarrollar normalmente sus actividades laborales⁶; también forma parte de las prestaciones otorgadas por este régimen, las prestaciones de sobrevivencia otorgadas a la viuda, los hijos menores o los padres del asegurado.

3.2 Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530 “Régimen de Pensiones y Compensaciones por servicios civiles prestados al estado”

El régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530 fue creado para reemplazar a la Ley de Goces, Jubilación, Cesantía y Montepío creado el 22 de enero de 1850, durante el mandato del Mariscal Ramón Castilla, en el cual se encontraban incorporados únicamente los trabajadores al servicio del Estado. En tal sentido el objetivo del Decreto Ley N° 20530 fue dar por finalizado el antiguo régimen que debido a problemas en su configuración se encontraba desfinanciado.

Por tal razón, el sistema fue concebido como cerrado, en favor de los trabajadores públicos que ingresaron hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que fue promulgado el Decreto Supremo que incorporó a los trabajadores estatales a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, creada por la Ley N° 13724⁷. De esta manera, según este esquema inicial los trabajadores estatales que entraran a laborar con posterioridad a esta fecha, quedarían automáticamente afiliados a la Caja; mientras que aquellos que hubieran ingresado con fecha anterior, se incorporarían al régimen del Decreto Ley N° 20530.

⁶ El artículo 25° del Decreto Ley No. 19990 precisa que “..le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingresos asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría y.....al asegurado que habiendo gozado del subsidio por enfermedad durante el tiempo máximo establecido por ley continúa incapacitado para el trabajo.....”

⁷ Antecedente del régimen previsional del Decreto Ley No. 19990.

No obstante, a pesar de haber sido concebido como un sistema cerrado, éste fue varias veces reabierto por leyes e interpretaciones administrativas y jurisdiccionales, dadas las ventajas que ofrecía con respecto al Sistema Nacional de Pensiones, sobre todo en términos de -por una parte- la obtención de la cesantía considerando sólo el tiempo de servicios, de 15 años para los hombres y 12,5 para las mujeres (en cuyo cómputo se agregaba, además, los años de formación profesional) y -por la otra- de nivelación de las pensiones con las remuneraciones de los servidores activos, al alcanzar los 20 años de servicios⁸.

De esta manera se permitió la incorporación, entre otros, de los diplomáticos (Ley N° 24029 del 12 de diciembre de 1978); los trabajadores públicos que a la fecha de dación del Decreto Ley N° 20530, contaran con 7 ó más años de servicios (Ley N° 24366 del 21 de noviembre de 1985) o se encontraban prestando servicios en condición de nombrados o contratados (Ley N° 25066 del 23 de julio de 1989); los trabajadores del Banco de la Nación (Ley N° 25146 del 19 de diciembre de 1989); los profesores del Estado (Ley N° 25212 del 20 de mayo de 1990); los trabajadores del Complejo Petrolero y Similares asimilados a Petroperú (Ley N° 25219 del 24 de mayo de 1990); los de las empresas estatales (Ley N° 25273 del 4 de junio de 1990); y, finalmente, los jueces (Decreto Legislativo N° 767 del 29 de noviembre de 1991).

A estas normas específicas que permitieron la incorporación de nuevos trabajadores a este régimen que originalmente fue concebido como cerrado, se sumaron una serie de pronunciamientos judiciales y administrativos que engrosaron aún más el número de beneficiarios, como es el caso de las Resoluciones del Tribunal Nacional de Servicio Civil, en las cuales se interpretaba que a la fecha real del ingreso del trabajador a la administración pública, cabía anteponerle los cuatro años de estudios profesionales dispuestos por el artículo 41° del Decreto Ley N° 20530. De esta manera se retrotraía la fecha de ingreso del trabajador, permitiendo así su incorporación al régimen cerrado bajo comentario.

Merece puntualizarse que, mientras las incorporaciones producidas al amparo de una ley específica corresponden a una opción legislativa, conveniente o no, que no puede ser considerada como irregular; las incorporaciones que se produjeron al amparo de los pronunciamientos señalados en el párrafo anterior resultan cuestionables desde el punto de vista legal, toda vez que contravenían el texto expreso del artículo 41° del Decreto Ley N° 20520°.

⁸ No obstante, debe señalarse que la nivelación de las pensiones así prevista (sólo en función de los años de servicio) fue dispuesta por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979; toda vez que originalmente el artículo 49° del Decreto Ley No. 20530 estableció que las pensiones son renovables, entre otras causales, cuando al cesar, los hombres cuenten con 30 ó más años de servicios y las mujeres con 25 o más años de servicios, tengan 60 ó 55 años de edad o más, respectivamente, y no hubiesen sido inhabilitados por sentencia judicial ejecutoriada o destituidos por medida disciplinaria; posteriormente esta nivelación fue ratificada a nivel legislativo por la Ley No. 23495 del 19 de noviembre de 1982.

⁹ El referido artículo señala textualmente “.....A los trabajadores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, se les computará de abono hasta cuatro años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos, los hombres, y doce y medio las mujeres, siempre que no sean simultáneos con servicios al Estado y efectúen los aportes a que se refiere el artículo 7o...” (el resaltado es nuestro)

La situación descrita motivó un engrosamiento desmedido del número de afiliados al régimen del Decreto Ley N° 20530 quienes, debido al mecanismo de nivelación de las pensiones, percibían beneficios ostensiblemente superiores a los percibidos por los afiliados al régimen del Decreto Ley N° 19990.

3.3 Las reformas legislativas de la década del 90.

La situación anteriormente descrita aunada a la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de la crisis que afectaba al sistema a inicios de la década de los 90.

Frente a ello, surgieron dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de la superación de la crisis acotada, así como de los medios para lograrla. Para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, una voluntad política distinta del gobierno, etc. Para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y sólo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta última tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

En este punto, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al Estado y al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente.

La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 mediante el Decreto Ley N° 25897 del 7 de diciembre de 1992; mientras que en el campo de la salud el esquema complementario fue la opción adoptada, con la llamada Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790 del 15 de mayo de 1997.

Cierto es que la Constitución permite ambos tipos de relación cuando -en su artículo 11º- garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. No obstante, para el cabal cumplimiento de este mandato es indispensable, sin embargo, la existencia de unas y otras entidades, para lo que se requiere, a su vez, de una competencia equitativa. Efectivamente, consideramos que parte del contenido esencial de este derecho se encuentra constituido por la libertad de elección que tienen los ciudadanos respecto a los sistemas previsionales a los cuales se afilia; en tal sentido el Estado se encuentra comprometido a garantizar esta elección, lo cual implica, sin duda alguna, el mantenimiento de ambos sistemas.

A pesar de ello, lamentablemente, el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a procurar la desaparición de los sistemas públicos, especialmente en materia pensionaria. En efecto, las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones, son indicios elocuentes de tal intención. Así, el acceso o traslado al Sistema Privado de Pensiones es mucho más fácil de obtener que al Sistema Nacional de Pensiones; se confirió diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron de este último al primero; se rebajó la tasa de aportación al Sistema Privado de Pensiones y se elevó la del Sistema Nacional de Pensiones, invirtiendo la relación original entre ambas; se aumentó la edad de jubilación de este último, para equipararla a la del primero; etc.

De otro lado, de forma paralela a la implementación de la participación alternativa del sector privado en materia de pensiones, a través de la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP, se incorporaron una serie de modificaciones tanto al régimen general pensionario (Decreto Ley N° 19990) como al régimen especial (Decreto Ley N° 20530), con el propósito de poder superar las deficiencias del marco normativo y sobre todo de los efectos de las decisiones judiciales y administrativas que habían permitido la incorporación irregular al régimen previsional de la 20530.

Los principales cambios normativos introducidos los resumimos a continuación.

Los cambios introducidos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990 se hicieron fundamentalmente en virtud del Decreto Ley N° 25967, del 19 de diciembre de 1992. Estos cambios se encontraban referidos al periodo mínimo de aportación para gozar de una pensión de jubilación y la forma de cálculo de la remuneración pensionable.

En lo que se refiere a los años de aportación, el artículo 1° del citado Decreto Ley estableció que ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy ONP, podría obtener el goce de pensión de jubilación si no acreditaba haber efectuado aportaciones por un período no menor de veinte años completos, sin perjuicio de los otros requisitos establecidos en la ley. Al respecto cabe señalar que anteriormente, el artículo 41° del Decreto Ley N° 19990, establecía que se adquiría el derecho a una pensión de jubilación (con el 50% de la remuneración de referencia) los hombres, cuando acreditaban 15 años de aportación y las mujeres con 13 años completos de aportación.

En lo que se refiere al cálculo de la remuneración de referencia, originalmente, el artículo 73° del Decreto Ley N° 19990 establecía que ésta era igual al promedio mensual que resulte de dividir entre doce el total de remuneraciones asegurables percibidas por el asegurado en los últimos doce meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos treinta y seis ó sesenta meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.

Esta regla fue modificada por el artículo 2° del Decreto Ley N° 25967; el mismo que estableció que la remuneración de referencia para los asegurados que hubieran aportado

durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treinta y seis, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos treinta y seis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación; mientras que para los asegurados que hubieran aportado durante veinticinco años completos y menos de treinta, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre cuarenta y ocho, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos cuarenta y ocho meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación y para los asegurados que hubieran aportado durante veinte años completos de aportación y menos de veinticinco, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta, el total de remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación

Cabe señalar que el Decreto Ley N° 25967 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, toda vez que se pretendió aplicar, incluso a aquellos asegurados que tuvieran su solicitud de otorgamiento de pensión en trámite por haber cumplido previamente con todos los requisitos para obtener una pensión de jubilación. Frente a esta acción el Tribunal Constitucional se pronunció declarando la inconstitucionalidad parcial del Referido Decreto Ley, mediante sentencia de fecha 23 de abril de 1997.

Los fundamentos expuestos por el Tribunal se basaban en la ultractividad excepcional de las normas previsionales que supuestamente había consagrado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 y en tal sentido, la aplicación generalizada de las normas contenidas en el Decreto Ley N° 25967 constituiría una afectación a los derechos adquiridos por los asegurados que hubieran cumplido los requisitos establecidos por el Decreto Ley N° 19990, antes de la entrada en vigencia de la norma cuestionada (19 de diciembre de 1992).

El mismo razonamiento fue opuesto cuando se intento aplicar topes al monto de las pensiones, respecto a asegurados que con fecha anterior ya habían cumplido con los requisitos para acceder a éstas.

Otra de las modificaciones introducidas al régimen pensionario del Decreto Ley N° 19990 fue el aumento de la edad para gozar de una pensión de jubilación, la cual fue fijada en 65 para hombres y mujeres a través del artículo 9° de la Ley N° 26504. Al respecto, debe tenerse presente que anteriormente las edades de jubilación determinadas por el Decreto Ley N° 19990 eran de 60 años para hombres y 55 años para las mujeres.

Al igual que en el caso anterior, el Tribunal Constitucional señaló en reiterada jurisprudencia que la nueva edad de jubilación establecida por el artículo 9° de la Ley N° 26504, sólo podía ser aplicado a aquellos asegurados que no hubieran cumplido con la edad anterior de jubilación (65 años para los hombres y 60 años para las mujeres, hasta el fecha de entrada en vigencia de la Ley antes referida, el 109 de julio de 1995¹⁰.

¹⁰ Sobre el particular, revisar a título de ejemplo las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes N°s.: 1778-2003-AA/TC, proveniente de la Corte Superior de Lambayeque y 670-99-AA/TC originado en la Corte Superior de Arequipa

Finalmente, otro de los principales cambios que se introdujo al régimen de la 1990 fue la elevación de la tasa de aportación del 9 al 11% de la remuneración pensionable. Dicho incremento fue establecido por el artículo 2º de la Ley N° 26504; el cual además prescribió que este aporte debería ser asumido exclusivamente por el trabajador.

Como puede apreciarse, los principales cambios que se introdujeron al régimen del Decreto Ley N° 19990 fueron neutralizados en sus efectos, mediante la ya citada Resolución del Tribunal Constitucional, al restringirse su aplicación respecto a las personas que aún no habían alcanzado su derecho a una pensión con anterioridad de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967. En tal sentido, consideramos que la resolución de la magistratura constitucional, resulta coherente con la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución de 1993.

De la misma forma, las modificaciones introducidas al marco legal del régimen previsional de la 1990, ahondaron las diferencias con respecto al régimen de la 20530, a pesar de que éstos regímenes pudieran afiliar a trabajadores que desarrollan labores similares en una misma entidad, pero que sin embargo tienen derechos previsionales sustancialmente distintos. De esta manera, debemos señalar de forma clara que mantener estas diferencias, que definitivamente perjudican a los afiliados al régimen del Decreto Ley N° 19990, podría significar una vulneración al principio de no discriminación recogido en el artículo 2º, inciso 2) de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, en el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley N° 20530), se atacó primero las incorporaciones o reincorporaciones que se habían producido con infracción del ordenamiento, declarándose su nulidad de pleno derecho, a través del Decreto Legislativo N° 763 del 15 de noviembre de 1991.

Efectivamente, el referido dispositivo señalaba en su artículo 1º que era nula de pleno derecho y en consecuencia estaba prohibida toda incorporación o reincorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530 que se haya efectuado o se efectúe, con violación del artículo 14o. de la citada norma¹¹. Este mandato, tras ser derogado, fue luego restituido mediante el Decreto Ley N° 25456.

Según el Gobierno de ese entonces, la referencia a la nulidad de pleno derecho facilitaba la exclusión de los afiliados que de forma irregular se habían incorporado a este régimen, sin necesidad de pronunciamiento judicial previo. De esta manera, las diversas entidades y empresas estatales emitieron actos administrativos, declarando nulas de oficio las resoluciones que otorgaban pensiones a estas personas.

¹¹ Sobre el particular, debe tenerse presente que el artículo 14º del Decreto Ley No. 20530 establecía que no son acumulables los servicios prestados al Sector Público con los prestados al Sector que no sea Público; así como aquellos prestados al Sector Público, bajo el régimen laboral de la actividad pública, con los prestados al mismo sector, bajo el régimen laboral de la actividad privada, salvo el caso previsto en la Décima Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley No. 19990. Finalmente el mencionado artículo también prohibía la acumulación de los servicios prestados a la Fuerza Armada o Fuerzas Policiales con los servicios civiles bajo el régimen laboral de la actividad pública o privada.

Dichas resoluciones fueron cuestionadas por los afectados, mediante acciones de garantía interpuestas ante el Poder Judicial y ante el Tribunal Constitucional, los cuales se pronunciaron señalando que el Estado, de oficio, no podía desconocer estas pensiones, debiendo en todo caso acudir al Poder Judicial para demandar la nulidad de estas resoluciones; cosa que en muchos casos ya no era viable por haber prescrito el plazo previsto para el ejercicio de esta acción.

Otra de las medidas adoptadas por el Gobierno de ese entonces, supuestamente para superar la crisis del sistema, fue la expedición del Decreto Legislativo N° 817 del 23 de abril de 1996 y la Ley N° 26835 del 4 de junio de 1997, mediante las cuales se precisó que la nivelación de las pensiones, que se había establecido por la Constitución de 1979, debía efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público y no con las de un trabajador del régimen laboral privado, como pretendían algunos pensionistas.

Más adelante, se fijó un tope para estas pensiones por las Leyes de Presupuesto desde 1991 a 1994, el que luego se equiparó al sueldo de un congresista mediante el Decreto Legislativo N° 817 y recientemente se les ha señalado como máximo una Unidad Impositiva Tributaria-UIT en virtud de la Ley N° 28047 del 30 de julio del 2003.

Cabe señalar que ante el establecimiento de topes por las normas presupuestarias de 1991, diversos parlamentarios interpusieron una acción de inconstitucionalidad, la cual fue declarada infundada por el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales. El fundamento del Tribunal fue que, de conformidad con el artículo 201° de la Constitución de 1979, vigente en ese entonces, al ser el Presidente de la República el Funcionario Público con la más alta jerarquía administrativa, ningún pensionista que se encuentre ubicado debajo de esa jerarquía podría obtener legalmente una pensión cuyo monto sea mayor al de la remuneración que corresponde al Jefe de Estado.

No obstante este criterio fue modificado por el nuevo Tribunal Constitucional, ante una acción de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto Legislativo N° 817, en la que éste se pronunció mediante Resolución del 23 de abril de 1997, señalando que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, al establecer las pensiones nivelables para los trabajadores con 20 o más años de servicio, habría derogado el artículo 57° del Decreto Ley N° 20530, impidiendo así que se impongan topes a las pensiones otorgadas por este régimen. En consecuencia, según este pronunciamiento, cualquier tope que se pretendiera imponer a dichas pensiones sólo serían aplicables a aquellas personas que hubieran adquirido el derecho a una pensión, recién a partir del 24 de abril de 1996, fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, no pudiendo afectarse las pensiones que ya se venían otorgando a esa fecha.

Por nuestra parte consideramos que el Tribunal Constitucional incurrió en error al afirmar esta supuesta derogatoria tácita, toda vez que en realidad las materias que regulan la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y el artículo 57° del Decreto Ley bajo referencia son distintas entre sí. Así en el primer caso se está regulando la nivelación de pensiones, mientras que la segunda norma se regula la aplicación de topes

a esas pensiones. De esta manera, no puede afirmarse que exista superposición o incompatibilidad entre ambas normas, que son los supuestos de hecho para hablar de derogación tácita.

También, a través de la Ley N° 28047 se ha dispuesto la elevación por tramos del porcentaje de los aportes de los afiliados a este régimen, del 6 al 13% de la remuneración (desde agosto del 2003), a 20% (desde agosto del 2006) y a 27% (desde agosto del 2009) y mediante Ley N° 28046 se ha establecido una contribución solidaria por el monto que exceda de 14 unidades impositivas tributarias anuales, con la tasa del impuesto a la renta.

De otro lado, la gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que inicialmente estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades, una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud-ESSALUD, creada por la Ley N° 27056 del 29 de enero de 1999, y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional-ONP, creada por el Decreto Ley N° 25967. Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del -entonces llamado- Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas.

La Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado, hasta que esa situación fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Tras ello, la Oficina de Normalización Previsional atiende las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 19990, mientras las del régimen del Decreto Ley N° 20530 corresponden a la entidad en que se generaron¹².

De la misma manera, también fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional la Ley N° 26835 y la Ley N° 27617, mediante las cuales se modificaron algunas reglas referidas a pensiones de jubilación y de sobrevivientes, en dirección restrictiva. En sus pronunciamientos emitidos en junio del 2001 y marzo del 2003 (ésta complementada por sentencia expedida en junio del 2003), dicho organismo estima -en todo y en parte, respectivamente- las demandas. El criterio es el mismo que se tuvo al resolver los casos anteriores: el respeto a la teoría de los derechos adquiridos.

Como puede apreciarse los cambios legislativos producidos en el marco normativo del régimen público de pensiones, en su mayoría con efectos peyorativos con respecto a los derechos de los afiliados, fueron impugnados ante el Poder Judicial, sobre todo por aquellas personas que se encontraban gozando de éstas, al amparo de las normas anteriores, quienes obtuvieron resoluciones judiciales favorables.

De esta manera, al igual que en el caso del sistema previsional del Decreto Ley N° 19990, puede advertirse que las medidas legislativas adoptadas para corregir las deficiencias del régimen del Decreto Ley N° 20530 fueron mediatizadas en sus efectos por las decisiones del Poder Judicial y del órgano de control constitucional; fundamentalmente por que, en

¹² Salvo el caso de las entidades que ya hubieran sido liquidadas, en cuyo caso el Ministerio de Economía y Finanzas asumía el pago de los derechos pensionarios.

base al teoría de los derechos adquiridos consagrada en la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución, una reforma que disminuya los derechos consagrados en dichas normas y al pretender aplicarlos inmediatamente a las relaciones existentes, lesiona los derechos adquiridos en materia pensionaria.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La situación expuesta anteriormente nos indica que resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana. No obstante, dicha reforma debe hacerse en concordancia con los parámetros de las normas constitucionales, evitando así que las decisiones adoptadas sean cuestionadas por contravenir la Constitución.

En ese sentido, las medidas a adoptarse deben hacer un adecuado equilibrio entre las legítimas expectativas de quienes ahora gozan de una pensión de jubilación, la necesidad de que el monto de estas pensiones garanticen a todos los pensionistas una vida digna y la responsabilidad de entregar a las futuras generaciones un sistema previsional equilibrado y solvente.

Para ello, primero debe resolverse en el ámbito político (el Poder Ejecutivo y el Congreso), la cuestión de qué hacer con los sistemas previsionales públicos, para luego, abordar la relación que debería existir entre éstos y el sistema privado.

Respecto al primer problema, consideramos que el Estado tiene el deber de reconstruir el sistema público de pensiones para dar cumplimiento cabal al artículo 11º de la Constitución, el cual demanda garantizar la libre elección de parte del trabajador respecto al sistema previsional al cual acogerse.

Al respecto, es de apreciarse que el fracaso de dichos sistemas tiene, sin duda, en el Estado a su principal responsable; pues éste fue quien se apropió de los inmensos fondos, no pagó las contribuciones de los trabajadores a su cargo, ni fiscalizó eficazmente las de los demás empleadores. Asimismo, es el Estado quien imprimió una pésima gestión administrativa y financiera al sistema.

De otro lado, además del mandato constitucional y de la corresponsabilidad del Estado en la situación actual del sistema previsional público, resulta claro que la protección de las necesidades de la población, ante la ocurrencia de contingencias biológicas y profesionales, mediante prestaciones idóneas, es una actividad de la que un Estado moderno no puede estar ausente. Los instrumentos internacionales de derechos humanos le exigen atenderla.

En segundo lugar, como ya se ha señalado, no se trata de mantener los sistemas públicos actuales, que parecen encaminados a su extinción. Consideramos que un punto fundamental de la reforma del sistema debe ser la creación de un nuevo régimen público, que reemplace los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, los cuales deberían derogarse. De esta manera, se superaría esta dualidad de regímenes que, en

muchos casos se aplican a trabajadores que realizan las mismas labores en una misma entidad; la cual resulta discriminatoria y por tanto inconstitucional.

Las características de este nuevo régimen previsional serían las siguientes:

- En este nuevo sistema, la jubilación tendría que alcanzarse en base a dos elementos: la edad del afiliado y sus años de aportación al sistema y no tan sólo en función del tiempo de servicios del asegurado, como es el caso del actual régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. De esta manera se lograría un adecuado equilibrio entre los aportes de un afiliado y los beneficios que éste obtenga.
- De la misma manera, consideramos que no podría reconocerse un régimen de nivelación automática o cédula viva, ya que estos factores conducen a la inviabilidad financiera de cualquier sistema. De este modo, se podría recuperar la transparencia remunerativa en la administración pública, acabando con los incrementos pensionables y no pensionables, que intentan evitar sus repercusiones previsionales.

Por el contrario, deberían buscarse indicadores más adecuados que permitan actualizar los montos de las pensiones, manteniendo su capacidad adquisitiva.

- La administración de este nuevo régimen previsional debería estar a cargo, en forma centralizada, de una sola entidad, que sea reconocida como un organismo autónomo del Poder Ejecutivo. Se superaría así la actual dispersión de entidades que califican y pagan las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530.
- Asimismo, en el diseño del nuevo régimen deben tomarse en cuenta los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo-OIT respecto del actual Sistema Nacional de Pensiones, derivados de los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio Internacional del Trabajo 102¹³. Estos son, fundamentalmente tres:
 1. Debería garantizarse al afiliado que haya cumplido un período de calificación o de empleo de 15 años “una prestación reducida” o pensión mínima que sea igual para todo los afiliados (artículo 29, párrafo 2, a). De esta manera se evitaría las diferencias que actualmente existen entre los afiliados a la 19990 y 20530, a pesar que ambos sistemas puedan incorporar a trabajadores de una misma entidad
 2. En segundo lugar debería “aumentar el monto de las prestaciones pagadas por el Sistema Nacional de Pensiones, a los efectos de alcanzar el nivel prescrito por el Convenio” (artículos 65 y 66); y,

¹³ Informe III parte I A, Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, 2003.

3. En tercer lugar debería preverse la participación de los representantes de las personas protegidas en la gestión de los sistemas de pensiones (artículo 72, párrafo 1)
- Para efectos de implementar los cambios que podrían introducirse en el régimen previsional público tendría que haber una regulación pormenorizada de la transición entre los actuales sistemas y el propuesto.
 - Para ser efectivas estas medidas, consideramos que estos cambios normativos deberían ser aplicados en general a todos los afiliados a los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, aún cuando a la fecha ya se encontraran gozando de una pensión de jubilación e, incluso cuando ésta haya sido otorgada por mandato judicial¹⁴.

La relación de este nuevo sistema público con el sistema privado, pensamos que podría ser de dos tipos.

La primera relación que se podría establecer es de tipo complementario. De este modo, todos los trabajadores estarían afiliados y aportarían una tasa al sistema público, que les garantizaría una pensión básica. Se manejaría con la modalidad de reparto. Adicionalmente, habría inscripción y contribución al sistema privado, conducido con la modalidad de capitalización individual, que brindaría pensiones suplementarias.

El segundo tipo de relación que podría establecerse sería el alternativo. En este caso, tendríamos dos sistemas de capitalización individual¹⁵, uno del Estado y otro privado, en competencia por ofrecer el mejor servicio, fundada en reglas equitativas. En cualquiera de las opciones, el sistema privado debería ser sometido también a una adecuada supervisión, para prevenir o reparar las infracciones en que incurre.

Pensamos que el primer planteamiento requeriría una reforma de la Constitución, pero el segundo no. El actual artículo 11° de la Constitución, conforme al cual las entidades que brindan pensiones pueden ser públicas, privadas o mixtas, admitiría sin obstáculos una relación complementaria o alternativa entre dichas entidades gestoras. En cambio, la creación de un sistema público, que fusione a los de los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, con aplicación inmediata de nuevas reglas para las pensiones existentes, que podrían afectar derechos adquiridos, supondría la necesaria modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria.

Evidentemente que la implementación de estas medidas y sobre todo con efectos generales plantean como problema el respeto al teoría de los derechos adquiridos, recogidos de manera excepcional para efectos previsionales por la Constitución vigente, y el respeto a la cosa juzgada, también consagrada constitucionalmente.

¹⁴ En el supuesto, claro está, que mediante una modificación constitucional se suprima la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, la misma que recoge la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional para los trabajadores públicos y que ha fundamentado la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la materia.

¹⁵ Donde los aportes del trabajador son derivados a una cuenta de su exclusiva titularidad, la misma que se ve incrementada con el producto de las inversiones que realice la administradora y que financiara el pago de su pensión.

Respecto al tema de la cosa juzgada, evidentemente ello dependerá de la decisión que se adopte acerca de la vigencia de la teoría de los derechos adquiridos. En efecto, debe tenerse en cuenta que las resoluciones del Tribunal Constitucional que disponen la no afectación de las pensiones que se vienen otorgando por las recientes modificaciones, se fundamental en la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos consagrado, como excepción por la Primera Disposición Transitoria y Final de la Constitución vigente, de tal manera que al suprimirse esta norma, desaparecería la objeción señalada, al regir el principio de los hechos cumplidos recogido con vocación general por el artículo III Título Preliminar del Código Civil.

De esta manera, los cambios propuestos podrían aplicarse, incluso a las pensiones que han sido reconocidas judicialmente, toda vez que ellas deberían ajustarse al marco legal vigente; no pudiendo, en este escenario, invocar la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos.

Lo expresado exige una reflexión profunda acerca de la necesidad de modificar o suprimir la Primera Disposición Complementaria y Final de la Constitución vigente que recoge la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, a fin de hacer viable con efectos generales las modificaciones propuestas.

V. NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como se ha señalado, cualquier modificación tendiente a racionalizar los regímenes previsionales públicos tendrá efectos en la medida que resulta aplicable a aquellos afiliados que en la actualidad gocen de una pensión o que estén en aptitud de hacerlo. Lo señalado pone en cuestión el principio de derechos adquiridos consagrado para efectos de los derechos pensionarios de los trabajadores públicos, en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución vigente

En tal consideración resulta oportuno y necesario analizar la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo en nuestro sistema jurídico, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La regla de la irretroactividad de las normas.

Es propio de todo Estado de derecho establecer como regla la irretroactividad de las normas, aunque comúnmente se admita como excepción su retroactividad. El fundamento de la primera se encuentra en la seguridad jurídica, que impide alterar en el futuro las bases sobre las que se configuraron las relaciones jurídicas en el pasado; y de la segunda, en la protección de los sujetos que están en situación de desventaja, en ciertas áreas jurídicas regidas por los intereses públicos o sociales. De esto último fluye que la retroactividad sólo cabe cuando es benigna para el sujeto tutelado por determinada área del derecho. Además, por su mismo carácter de excepción, tiene que declararse expresamente.

Las constituciones de 1979 y de 1993, así como el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, coinciden en proclamar la regla y aceptar excepciones, pero difieren en la extensión de éstas: materia penal, laboral y tributaria, en la primera norma; sólo penal en la segunda; y penal y laboral en el Proyecto.

Sin embargo, en doctrina no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y de retroactividad, más allá de entender que la primera situación es la ordinaria y la segunda la extraordinaria. Las interpretaciones de esos términos son básicamente dos y vienen formuladas por las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos.

Según la teoría de los derechos adquiridos, la irretroactividad consiste en continuar aplicando la norma anterior a los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha de la sucesión normativa. En cambio, la retroactividad supone que tales derechos se rigen inmediatamente por la nueva norma, desde su entrada en vigor.

Por tanto, si la antigua norma otorgaba una pensión de 800 soles y la nueva eleva el monto a 1000 -en una sucesión de mejora-, el pensionista se quedaría con 800; pero si ocurriera lo contrario -en una sucesión de disminución- el monto que debería percibir el pensionista no sería de 800 sino de 1000. La manera de evitar la afectación del pensionista en el primer supuesto, sería que la nueva norma se declare retroactiva, para que se incremente inmediatamente su pensión de 800 a 1000 soles, pero ello no cabría en nuestro esquema constitucional en esta materia, toda vez que no se encuentra contemplado la retroactividad en materia laboral.

La teoría de los hechos cumplidos plantea que estamos ante una situación de aplicación inmediata de la norma (irretroactividad) cuando la nueva norma pasa a regir inmediatamente los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, a partir de la oportunidad en que aquélla entre en vigencia. La situación es de retroactividad, si los hechos ya cumplidos son revisados en virtud de la norma posterior.

Manteniendo el ejemplo anterior, tendríamos que si se aumentara las pensiones de 800 a 1000 soles -en una sucesión de mejora-, el pensionista percibiría el nuevo monto mayor; y si se rebajara el monto -en una sucesión de disminución- también la pensión decrecería de inmediato, fijándose en 800 y ya no en 1000 soles. Sólo en el primer caso la nueva norma podría declararse retroactiva, ya que sería benigna, aunque ello no podría ocurrir en nuestro ordenamiento.

Como puede verse, si el ordenamiento sobre derechos humanos siguiera una tendencia progresiva, que es la más acorde con su naturaleza, la teoría de los hechos cumplidos sería más ventajosa que la de los derechos adquiridos. La primera le permitiría a los destinatarios adaptarse a la innovación de mejora, mientras la segunda los llevaría a conservar el beneficio menor. En cambio, en supuestos excepcionales en los que dicho ordenamiento asume una tendencia regresiva, sucedería lo contrario. En virtud de la teoría de los hechos cumplidos su beneficio disminuiría de inmediato, en tanto que según la teoría de los hechos adquiridos, retendrían la ventaja alcanzada.

En definitiva, el escenario en que se mueve la teoría de los derechos adquiridos está en los derechos ya adquiridos de las relaciones existentes a la fecha en que se produce la sucesión normativa: si se rigen por la antigua norma, habrá irretroactividad; y si se rigen por la nueva, habrá retroactividad. En cambio, el de la teoría de los hechos cumplidos está en la aplicación de la nueva norma: si recae sobre los hechos no cumplidos de las relaciones existentes, habrá irretroactividad; y si recae sobre los hechos ya cumplidos, habrá retroactividad.

La clave, pues, para cada teoría está en cuándo se adquiere un derecho y cuándo se cumple un hecho. Respecto del momento en que se adquiere un derecho, hay tres posiciones doctrinarias: para la primera, basta que la relación jurídica se haya constituido cuando estaba vigente la norma antigua; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho previsto por esa norma; y para la tercera, se requiere incluso que se haya comenzado a disfrutar del beneficio, antes de su supresión. La más razonable nos parece la intermedia. Sobre la oportunidad de cumplimiento del hecho, habría que distinguir los hechos que se cumplen una única vez, como la edad de acceso a la jubilación, de los que lo hacen periódicamente, como la percepción de una pensión. En este último caso, el cumplimiento ocurre el día en que debe efectuarse el pago.

La Constitución de 1979 no optó por ninguna de las teorías antes señaladas. Ese papel lo cumplió más bien el Código Civil, que en el artículo III de su Título Preliminar, acogió la teoría de los hechos cumplidos: la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por tratarse de una ley, aunque establezca criterios de interpretación y aplicación válidos para todo el sistema jurídico, otras normas con tal rango podían asumir la teoría contraria, como de hecho ocurrió en esos años en diversos campos, entre ellos el pensionario.

Con la Constitución actual parece ocurrir lo mismo. Sin embargo, dado que adopta figuras mixtas para el ámbito pensionario -en la Primera Disposición Final y Transitoria- que combinan ambas teorías, podría sostenerse por argumento a contrario que acoge para el resto del ordenamiento la teoría de los hechos cumplidos. Decimos que la mencionada disposición recoge una figura mixta, porque nos queda claro que si se produce una sucesión de mejora, la nueva norma debe regir de inmediato; pero si la sucesión es de disminución, debe seguir rigiendo la antigua. Mantener la vigencia de la norma antigua aun cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad, sería condenarlos a una desventaja, lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto.

De otro lado, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución circunscribe la protección de los derechos adquiridos a los regímenes obligatorios y a los trabajadores públicos. De modo que no están comprendidos en ella, por una parte, los sistemas pensionarios voluntarios, establecidos como suplemento o complemento a los legales; y, por la otra, los trabajadores privados. Esta última exclusión resulta manifiestamente discriminatoria, puesto que dichos regímenes obligatorios abarcan tanto a trabajadores de la actividad privada como del sector público.

Los derechos adquiridos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967, Decreto Legislativo N° 817, Ley N° 26835 y Ley N° 27617, el Tribunal Constitucional ha consolidado algunos criterios que nos interesa resaltar a continuación.

En primer lugar, sostiene el Tribunal Constitucional que la Constitución adopta la teoría de los hechos cumplidos como regla para el conjunto del sistema y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario. Así, de un lado, señala que “la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma” cuando establece “la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial”, por su artículo 109°, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). Del otro, afirma que hay derechos adquiridos en materia pensionaria: “Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente” (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967).

Asimismo, al aludir a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, asevera: “Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530”; lo que cabe sólo porque aquella “permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente” (Fundamentos 15 y 17 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817). Las materias no pensionarias no disfrutan de esta protección: así, dado que “la bonificación [del FONAHPU] no forma parte de la pensión... no constituye un derecho adquirido” (Fundamentos 5, 6.1 y 6.2 de la sentencia sobre la Ley N° 27617).

Sobre el argumento utilizado para sustentar la adopción de la teoría de los hechos cumplidos por la Constitución, creemos que el Tribunal Constitucional confunde la cuestión de la vigencia de las normas en el tiempo con la de sus efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En cualquier sistema jurídico ajustado a los principios propios de todo Estado de derecho, las normas entran en vigencia con posterioridad a su publicación. Pero de allí no se deduce, en nuestro concepto, la adopción de ninguna teoría; para ello hace falta indagar si se acepta que la nueva norma opere sólo para las futuras relaciones o también para los derechos ya adquiridos o los hechos no cumplidos de las existentes. La pregunta central, pues, es si al entrar en vigencia la nueva norma -que no interesa cuándo sea, pero deberá ocurrir con posterioridad a su publicación- afectará o no las relaciones y situaciones existentes

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional establece dos precisiones importantes: qué es un derecho adquirido y cuándo se produce la adquisición de un derecho. Respecto de lo primero, sostiene que tales derechos son “los que han sido incorporados en el patrimonio

jurídico de los pensionistas” (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967), o “aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos” (Fundamento 15 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

Respecto de lo segundo, para el Tribunal Constitucional hace falta distinguir entre las pensiones originarias y las derivadas. Las primeras son las que genera el titular en su provecho, como las de jubilación, cesantía e invalidez, y las últimas son las que suscita en beneficio de los familiares a su cargo, como las de sobrevivientes.

El derecho a un obtener una pensión originaria se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma. De este modo, la antigua norma “se aplicará sólo a los trabajadores que, aun cuando se encuentren laborando, reúnan los requisitos señalados por el Decreto Ley N° 19990 para obtener la pensión de jubilación en cumplimiento de los supuestos de hecho” (Fundamento 11 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). O, más específicamente todavía, cuando dice que “es necesario determinar desde qué momento se adquiere el derecho a la pensión nivelable” y concluye que sucede “desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos [los de la norma antigua], aun cuando el administrado continúe laborando efectivamente” (Fundamento 19 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

Desde este ángulo, el Tribunal Constitucional considera compatibles con la Constitución todas las modificaciones legislativas que operen hacia el futuro, afectando derechos no adquiridos; e incompatibles las que tienen aplicación inmediata sobre derechos ya adquiridos. Así, por ejemplo: “El nuevo sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decreto Ley N° 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto Ley 19990” (Fundamento 12 de la sentencia sobre el Decreto Ley N° 25967). O, en el mismo sentido: “el Decreto Legislativo 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia” (Fundamento 13 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

En igual dirección, cuando se autoriza la modificación por decreto supremo de los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación del monto de la pensión de jubilación, sostiene el Tribunal Constitucional que “es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley N° 19990, únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido” (Fundamento 2.2 de la sentencia sobre la Ley N° 27617).

En definitiva, pues, el Tribunal Constitucional ha mantenido en sus fallos una línea de pensamiento en el sentido de que el derecho a una pensión originaria se adquiere cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, aunque no se haya ejercido todavía. Adopta, por tanto, la tesis intermedia que describimos antes y que nos resulta equilibrada.

El único caso que conocemos, en el que se cambia la oportunidad en que se adquiere el derecho, es el de un diplomático (Domingo Nieto Heredia contra el Ministerio de Relaciones Exteriores), resuelto en vía de acción de amparo, en octubre del 2001. Aquí, el diplomático ingresó al servicio en enero de 1971, siendo que estaba vigente desde abril de 1929 una ley (modificada en agosto de 1970), conforme a la cual el pase a retiro por límite de edad se producía a los 60 años. Esa ley fue modificada en diciembre de 1996 por otra (a su vez sustituida en junio de 1997), que rebajó dicha edad a 55 años. Antes de alcanzar esta última edad, el diplomático interpuso la acción de amparo por amenaza de violación de sus derechos adquiridos. El Tribunal Constitucional afirmó: “Los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad y, específicamente, aquellos que establecen plazos, no pueden ser -a posteriori- desnaturalizados de modo restrictivo por nuevas leyes, ya que tal hipótesis resulta contraria tanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos... como al principio de irretroactividad de las normas jurídicas...” (Fundamento 3 de la sentencia).

Como puede verse, el Tribunal Constitucional acoge en este caso la tesis de que el derecho se adquiere cuando se constituye la relación jurídica bajo la vigencia de la norma antigua, que corresponde a la primera de las tesis antes expuestas. El apartamiento de la ruta trazada, lamentablemente no se justifica de forma explícita, aunque podría hallar apoyo en la particularidad de las circunstancias. En efecto, si se mantuviera la tesis de que la adquisición del derecho se verifica cuando se cumple los requisitos previstos por la norma antigua, los diplomáticos no llegarían nunca a adquirirlos, ya que la nueva edad de pase a retiro es menor que la anterior. Lo que sí nos parece errada es la referencia al principio de irrenunciabilidad de derechos, puesto que éste opera cuando el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandona voluntariamente, que no es el caso, en el que más bien ocurre una privación por ley, derivada de una sucesión de disminución.

Un escenario similar se presenta en el caso del cese por edad de los magistrados del Poder Judicial, que el Poder Ejecutivo propuso adelantar. En comunicado de la Corte Suprema, publicado en el diario “El Comercio” el 5 de setiembre del 2003, se sostiene que “los derechos adquiridos por los magistrados de ninguna manera pueden resultar desnaturalizados restrictivamente por nuevas disposiciones legales, en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos... y el de irretroactividad de la ley... perteneciendo cualquier modificación al ámbito de la reforma constitucional” (Punto 3).

Regresando a la cuestión del momento de adquisición de un derecho, centrémonos en el caso de las pensiones derivadas. En este supuesto sostiene el Tribunal Constitucional que no existe en rigor derecho adquirido ni expectatio, ya que no hay requisito alguno para el disfrute de la pensión de sobrevivencia. El fallecimiento del titular es sólo una condición (Fundamento 16 de la sentencia sobre la Ley N° 27617). De este modo, el familiar tendrá derecho a conservar la situación prevista por la norma vigente cuando el titular adquirió su derecho, aunque éste no haya fallecido aún. Así, se dice “que tal pensión se encuentra ligada a la que en su oportunidad adquirió el titular” (Fundamento 10 de la sentencia complementaria sobre la Ley N° 27617). De allí se concluye que las

modificaciones de disminución de derechos “sólo pueden ser aplicables a futuro, a los sobrevivientes de quienes al momento de la dación de la norma modificatoria, aún no habían concretado su derecho previsional” (Fundamentos 17, 18 y 20 de la sentencia sobre la Ley 27617).

Si bien en el plano conceptual la posición del Tribunal Constitucional acerca de la adquisición del derecho a las pensiones derivadas, luce sostenible, en el plano aplicado conduce a situaciones absurdas. Así, cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía, genera automáticamente beneficios de sobrevivencia en una persona con la que podría no haber contraído todavía matrimonio o que podría no haber sido siquiera concebida. Nos parece, por ello, que el criterio para determinar el momento de adquisición del derecho a una pensión derivada, debería ser el de la producción de la contingencia, esto es, el fallecimiento del titular.

Un asunto sobre el que no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ha sido el del alcance subjetivo de la tutela conferida por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución: si sólo incluye a los trabajadores del sector público, como literalmente aparece en el texto, o si comprende también a los trabajadores de la actividad privada, como tendría que ser para no incurrir en segregaciones injustificadas.

La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dado que los organismos internacionales pueden conocer las reclamaciones interpuestas contra las decisiones jurisdiccionales o administrativas adoptadas por los organismos nacionales, según lo prevé nuestra propia Constitución -en su artículo 205º -y que ha llegado a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primero, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego, un caso sobre pensiones proveniente de nuestro país, conocido como “Caso cinco pensionistas versus Perú”, que constituye un evidente precedente para futuros cuestionamientos, es indispensable revisar la posición del último de los mencionados organismos, expresada en su sentencia del 28 de febrero del 2003.

Antes de reseñar los criterios manejados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver el caso, vamos a resumir los hechos, a partir del texto de la propia sentencia.

Los pensionistas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros y cesaron después de haber prestado más de veinte años de servicios a la administración pública. Conforme a la ley orgánica de dicha entidad, debieron elegir entre continuar sujetos al régimen laboral y pensionario del sector público o acogerse al de la actividad privada. Decidieron lo primero y se les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable. Las nivelaciones se efectuaron de manera sucesiva y periódica hasta abril de 1992, en que a cuatro de los reclamantes se les redujo el monto de su pensión y al quinto se le suspendió. Luego, en octubre de ese año y por mandato del Decreto Ley N° 25792, se dispuso la homologación de las pensiones con las que el Ministerio de Economía y Finanzas pagaba a sus trabajadores. Los reclamantes interpusieron sendas acciones de amparo y obtuvieron

fallos favorables de la Corte Suprema, expedidos en 1994. La entidad denunciada incumplió las sentencias, por lo que hubo nuevos reclamos, que generaron unas resoluciones expedidas en 1995 por aquélla ordenando ejecutar el mandato judicial, lo que también se incumplió. Las acciones de cumplimiento planteadas por los reclamantes, también fueron declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional.

En enero del 2002, el Congreso derogó por la Ley N° 27650 el precepto del Decreto Ley N° 25792 que mandaba efectuar la homologación mencionada. Finalmente, la entidad resolvió dar cumplimiento a las resoluciones antes aludidas.

La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue interpuesta en febrero de 1998 y en diciembre del 2001 ésta decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se le pedía determinar si el Estado peruano había violado los artículos 21 (propiedad privada), 25 (protección judicial) y 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó el reclamo respecto de los dos primeros derechos y lo desestimó en cuanto al tercero. Nos interesa resaltar el fallo en lo relativo al derecho de propiedad, porque esta materia se relaciona directamente con los derechos adquiridos. Debe tenerse en cuenta que en este caso no se ha considerado el derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, porque a la fecha de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos éste no se encontraba aún vigente, por carecer del número mínimo de ratificaciones. Entró en vigor recién el 16 de noviembre de 1999.

Para resolver la controversia se debe determinar “si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto” y “qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a éste” (Punto 95). “En lo que se refiere a si el derecho a la pensión es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano” (Punto 96). Añade la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley N° 20530, en el sentido que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas” (Punto 102). Asimismo, que “desde el momento en que... [los reclamantes] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas” (Punto 103).

Sobre la cuestión de los parámetros para cuantificar el derecho a la pensión y los límites que se puede imponer a ésta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “observa que, si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada

(1991) la pensión nivelada podía haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público de similar nivel o categoría al de las presuntas víctimas, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado” (Punto 115). Al reconocérceles primero y negárseles después, el derecho a la nivelación de su pensión con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, se les “afectó patrimonialmente, violando el artículo 21 de la Convención” (Punto 115).

Interpretando el texto del artículo 21º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 5 de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señala: “Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido... los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados” (Punto 116).

De la síntesis ofrecida sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fluye que el derecho a la pensión es un derecho adquirido, porque así lo concibe la Constitución peruana y, en tanto se incorpora al patrimonio de los pensionistas, está cubierto por el derecho de propiedad consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No queda claro el momento desde el que dicho organismo jurisdiccional entiende que se adquirió el derecho a la pensión: el de la inscripción en el régimen del Decreto Ley N° 20530 o el del cese en el trabajo; pero sí que tal adquisición no abarca sólo la obtención de la pensión sino los términos en que ella se otorgaba conforme a la norma antigua. No obstante, se admite que mediante ley en sentido estricto y por fines públicos o sociales, se pueda limitar el monto de las pensiones, dándose a entender que las restricciones pueden comprender a las pensiones existentes y no sólo a las futuras.

El giro en el Tribunal Constitucional y en el Congreso

Como se ha señalado en los últimos años se ha producido en nuestro país un intenso debate sobre el futuro de los sistemas de pensiones. Restaurado el ordenamiento constitucional, se formó una Comisión Especial encargada de elaborar un Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado. Asimismo, fue designada otra Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, que tuvo entre sus preocupaciones principales el tema previsional. Ambos informes se presentaron el 15 de julio del 2001.

Más recientemente, en ámbitos políticos y periodísticos, se ha centrado la atención en los sistemas de pensiones, tanto los públicos como el privado. En este marco, se ha propuesto al Congreso que se corrija las principales distorsiones legislativas que afectan a dichos sistemas. Las demandas, sin embargo, han sido escuchadas sólo en lo que respecta a los sistemas públicos. En este sector, se ha ejercido también fuertes presiones sobre el

Tribunal Constitucional, para que rectifique algunas de sus posiciones referidas en especial al régimen del Decreto Ley N° 20530.

Como resultado de este proceso, el Tribunal Constitucional se ha rectificado en algunas líneas centrales de sus planteamientos y el Congreso ha dictado las Leyes N°s. 28046 y 28047. Lo primero ha ocurrido con ocasión de la expedición de una sentencia recaída en un proceso de amparo (Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsional), dictada el 18 de junio del 2003, aunque en otra, expedida el 27 del mismo mes y año, en el proceso por inconstitucionalidad contra la Ley N° 27617, vuelve a enfatizar los derechos adquiridos.

En la primera sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional sostiene que el “Decreto Ley N° 20530... es un régimen de pensiones de carácter cerrado” (Fundamento 3), desde “el 12 de julio de 1962” (Fundamento 7), pese a lo cual “en diversas ocasiones fue abierto por ley” (Fundamento 3). A partir de esta concepción, “ha resuelto apartarse del criterio adoptado” en un pronunciamiento emitido apenas quince días antes, en el que se concedió erróneamente el derecho de incorporarse a dicho régimen (Fundamento 11). Asimismo, se retracta en el cómputo de los cuatro años de formación profesional, que en fallos anteriores había admitido que se hiciera con anterioridad a alcanzar los 15 años de servicios para los hombres y los 12,5 para las mujeres y ahora sostiene que el abono de ese período “se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente aportados al Estado” (Fundamento 10); y con respecto a la nivelación, cuestión en la que fija su posición en el sentido que “debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la administración pública que se encuentre en actividad, del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese” y, más explícitamente aun, que “la pretensión de nivelar la pensión del demandante con la remuneración que percibe un trabajador activo del régimen laboral de la actividad privada... no procede” (Fundamentos 15 y 16). Termina la resolución con un inusual planteamiento: “considera este Colegiado que... debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga” (Fundamento 20).

En la segunda sentencia, el Tribunal Constitucional efectúa una larga reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria, que parece ser la razón por la que se expidió ese fallo complementario sobre la inconstitucionalidad de la Ley N° 27617, tres meses y medio después de haber resuelto el proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley. Esta sentencia precisa que “el ‘reajuste’ de las pensiones no puede entenderse como una autorización para disminuirlas a quienes ya tienen el derecho adquirido, sino de ‘incrementarlas’”, por interpretación de la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución concordante con la Undécima, referida a “la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales -como la Segunda- que requieren nuevos o ‘mayores gastos’”. Agrega que la progresividad “no puede nunca interpretarse como sinónimo de ‘regresividad’, y ni siquiera como mantenimiento del statu quo” (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley N° 27617).

Esta idea se refuerza cuando le recuerda al Congreso “que los regímenes pensionarios de los Decretos Leyes 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios”, los que parecen requerir una reforma de la Constitución, que es atribución de aquél efectuar: “siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido” (Fundamento 14 de la sentencia complementaria sobre la Ley N° 27617).

En el punto siguiente, nos vamos a ocupar de las innovaciones introducidas por las Leyes N°s. 28046 y 28047, respecto de las reglas establecidas por las normas que las precedieron.

La viabilidad de los cambios efectuados por el Congreso en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Nos interesa en este punto, analizar a qué trabajadores o pensionistas podrá aplicárseles las modificaciones efectuadas en el ordenamiento pensionario en los últimos años, en el entendido que se mantengan las normas constitucionales actuales sobre la materia y que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantengan su criterio de que el derecho se adquiere en los términos y condiciones existentes cuando se produjo el supuesto de hecho, como lo sostienen ambos organismos jurisdiccionales en el Fundamento 17 de la sentencia sobre la Ley N° 27617 y el Punto 103 de la sentencia del “Caso cinco pensionistas versus Perú”, respectivamente.

Para estos efectos, vamos a centrarnos en tres temas referidos al régimen del Decreto Ley N° 20530, que se han regulado con el propósito de reducir los extremos en los montos de las pensiones y el déficit de los fondos. Se trata de los topes, los aportes y la contribución solidaria.

Los topes a las pensiones estuvieron previstos en el esquema original del Decreto Ley N° 20530, cuyo artículo 57° remitía para su fijación a las leyes de presupuesto. El Tribunal Constitucional, sin embargo, consideró que la Octava Disposición General de la Constitución de 1979, que introdujo la nivelación, derogó el citado precepto del decreto ley¹⁶ (Fundamento 18 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 817).

No obstante, los topes han existido, dispuestos por sucesivas normas con rango legal. Cuando la Ley de Presupuesto de 1991 impuso topes, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales desestimó la demanda de inconstitucionalidad contra ella, sobre la base de que “no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión cualquiera sea la causa de su determinación, llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la institución o empresa”. Aquí podríamos identificar tres tramos: primero, el de la Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994; segundo, el del Decreto Legislativo N° 817, de abril de

¹⁶ Aún cuando como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional incurrió en error al afirmar esta supuesta derogatoria tácita, toda vez que en realidad las materias que regulan la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979 y el artículo 57° del Decreto Ley bajo referencia son distintas entre sí. En el primer caso se está regulando la nivelación de pensiones, mientras que la segunda norma se regula la aplicación de topes a esas pensiones.

1996, equivalente al sueldo de un congresista; y tercero, el de la Ley N° 28047, de julio del 2003, ascendente a una unidad impositiva tributaria.

Esto significa que según el período en que se adquirió el derecho, no en el que se hizo efectivo, habrá topes distintos para las pensiones. El actual monto máximo, por tanto, sólo vale para los trabajadores que cumplan los requisitos para obtener una pensión a partir de la vigencia de la última ley mencionada.

En lo que se refiere a los aportes, es del caso señalar que éstos se han elevado recientemente. En este caso, tendríamos que diferenciar cuatro tramos: uno, hasta antes de la Ley N° 28047, en que era del 6% de la remuneración; dos, desde agosto del 2003, en que asciende al 13%; tres, a partir de agosto del 2006, que se eleva a 20%; y cuatro, de agosto del 2009 en adelante, que se fija en 27% (todo ello por mandato de la Ley N° 28047).

Pues bien, al igual que lo planteado para los topes, aquí el trabajador congelaría el monto del aporte vigente en la fecha en que adquiere el derecho a la pensión. De este modo, si la jubilación se materializara en el tramo siguiente, en el que el aporte ya es mayor, seguiría abonando en ese lapso el monto anterior.

Finalmente, la Ley 28046, también de julio del 2003, ha creado una contribución solidaria para quienes perciben pensiones más altas. Esta contribución grava el exceso de catorce unidades impositivas tributarias anuales y tiene como tasa la vigente para el impuesto a la renta. Aunque la ley no indica la categoría a la que se adscribe esta figura, asumimos que es la quinta, en cuyo caso dicha tasa sería de 15% hasta 27 unidades impositivas tributarias, 21% por el exceso hasta 54 y 30% por el exceso de 54.

Respecto al ámbito de aplicación de este tributo, hay quienes sostienen en la misma línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional, que debe distinguirse dos tramos: primero, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28046; y segundo, desde dicha vigencia en adelante. Esto significaría, según esta posición, que la contribución sólo podría gravar a las personas cuyos derechos pensionarios se adquieran a partir de la aplicación de la Ley N° 28046.

Sin embargo, si fuera así la contribución no tendría a quién aplicarse, ya que siendo -por mandato de la Ley N° 28047- el nuevo tope equivalente a una unidad impositiva tributaria por mes, ninguna pensión podría llegar y menos superar las catorce unidades impositivas tributarias por año. En consecuencia, es claro que la intención del legislador es por tanto, gravar incluso a las pensiones existentes. No obstante, en tal supuesto, que dicha afectación sería inconstitucional para esta posición, toda vez que entraría en contradicción con la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional respecto al tema de los Derechos adquiridos. Hay que tener en cuenta que las pensiones han estado excluidas de toda carga tributaria (primero exoneradas del pago y, luego, desde el 1 de enero del 2001, inafectas, en lo que corresponde al impuesto a la renta) por lo que ahora no podría imponérseles una, al menos a las existentes.

VI. CONCLUSIONES

1. Los regímenes pensionarios públicos se encuentran en una grave crisis. En el caso del régimen del Decreto Ley N° 19990, esta situación se origina en la utilización de sus ingentes recursos por sucesivos gobiernos para fines distintos a los de la seguridad social, así como en ciertas deficiencias en la gestión administrativa y financiera de tales recursos. En el caso del Decreto Ley N° 20530, la radical alteración de su diseño inicial, a través de masivas incorporaciones a un régimen concebido como cerrado, generó su inviabilidad, dadas las onerosas condiciones en que otorga sus prestaciones.

2. Es una responsabilidad básica de un Estado moderno brindar seguridad social a su población. Por ello, deben rediseñarse los sistemas pensionarios públicos en el Perú. Esta tarea pasa por unificar los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, bajo la administración de una sola entidad, que debe operar como un organismo autónomo. Correspondería al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República, definir la relación complementaria o alternativa que guardaría ese nuevo sistema público con el sistema privado.

3. Dado que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, interpretada por el Tribunal Constitucional, garantiza el respeto por los derechos adquiridos, es necesario modificarla, si se quisiera que las nuevas reglas que rijan para las pensiones en el sistema público unificado puedan aplicarse a las pensiones existentes. El sentido de tal modificación sería el de adoptar en general para todo el sistema jurídico, con la excepción del ámbito penal, la tesis de los hechos cumplidos: esto es, la nueva norma se aplica inmediatamente a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes.

En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas o desproporcionadas que desnaturalicen el derecho de los pensionistas. De producirse transgresiones de esa naturaleza, los organismos jurisdiccionales tendrían que restituir los derechos vulnerados.

VII. RECOMENDACIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto y en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 26° de la Ley N° 26520, la Defensoría del Pueblo RECOMIENDA al Congreso de la República lo siguiente:

1. La aprobación de una ley que cree un nuevo sistema previsional público que unifique y sustituya a los actuales regímenes de los Decretos Leyes No. 19990 y 20530.
2. Que el nuevo régimen previsional público se establezca teniendo en consideración lo siguiente:

- 2.1 La jubilación tendría que alcanzarse en base a dos criterios: la edad del afiliado y sus años de aportación al sistema.
- 2.2 Excluir el criterio de nivelación automática o cédula viva, optando por indicadores más adecuados que permitan actualizar los montos de las pensiones, manteniendo su capacidad adquisitiva.
- 2.3 La administración correspondería a una sola entidad, reconocida como un organismo autónomo del Poder Ejecutivo y sujeto al control de la Contraloría General de la República.
- 2.4 Los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo-OIT respecto del actual Sistema Nacional de Pensiones, derivados de los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio Internacional del Trabajo 102¹⁷. Estos son, fundamentalmente tres:
- Garantizar al trabajador que haya cumplido un período de calificación o de empleo de 15 años “una prestación reducida” o pensión mínima que sea igual para todos los afiliados (artículo 29º, párrafo 2, a). De esta manera se evitaría las diferencias que actualmente existen entre los afiliados a la 19990 y 20530, a pesar que ambos sistemas puedan incorporar a trabajadores de una misma entidad.
 - Agotar todos los esfuerzos orientados a “aumentar el monto de las prestaciones pagadas por el Sistema Nacional de Pensiones, a los efectos de alcanzar el nivel prescrito por el Convenio” (artículos 65º y 66º); y,
 - Prever la participación de los representantes de las personas protegidas en la gestión de los sistemas de pensiones (artículo 72º, párrafo 1)
- 2.5 Estos cambios normativos deberían ser aplicados en general a todos los afiliados a los regímenes de los Decretos Leyes N°s. 19990 y 20530, aún cuando a la fecha ya se encontraran gozando de una pensión de jubilación e, incluso cuando ésta haya sido otorgada por mandato judicial. Siendo ello así, tendría que regularse de manera expresa la transición entre los actuales sistemas y el propuesto.
3. Modificar la Constitución, suprimiendo la Primera Disposición Final y Transitoria, a través del procedimiento establecido por el artículo 206º del propio texto constitucional. Dicha disposición debe recoger el criterio sobre vigencia de las normas en el tiempo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, según el cual las nuevas normas se aplican inmediatamente a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes a su fecha de

¹⁷ Informe III parte I A, Conferencia Internacional del Trabajo, 91 reunión, 2003.

entrada en vigencia, dejando a salvo la retroactividad benigna en materia penal.

Lima, abril del 2004